Die Wirkungen des Erbverzichts auf deutschrechtlicher Grundlage,

im gemeinen Recht und Bürgerlichen Gesetzbuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

KÖNIGLICHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH IN DER AULA DER UNIVERSITÄT ZU VERTEIDIGEN

am 17. Februar 1908 12 Uhr mittags

von

ACAD. LANDBAT. BIBL.

Robert Marx

Kammergerichts-Referendar.

OPPONENTEN:

Herr Professor Dr. Rudolf Eberstadt.
- Referendar a. D. Werner Wolff.
- stud. iur. Hans Riesser.

BERLIN.

Universitäts-Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke)

Linienstrasse 158.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533913_0047

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

I. Einleitung. Seite

§ 1. Die Entstehung des Erbverzichts als Ergänzung der Absonderung im deutschen Recht 12

§ 2. Die verschiedenen Wirkungen der Absonderung und ihre Bedeutung für das Verhältnis zwischen Erbverzicht und Absonderung 18

II. Gliederung des Stoffes.

§ 3. Unmittelbare und mittelbare Verzichts-Wirkungen 25

§ 4. Der Erbverzichts-Vertrag, eine Verfügung des Verzichtenden mit Zustimmung des Erblassers 26

III. Die Wirkung des Erbverzichts für den Verzichtenden.

a) Im allgemeinen.

§ 5. Wirkt der Erbverzicht obligatorisch oder absolut? 29

§ 6. Wird durch den Erbverzicht ein bereits vorhandenes Recht der Erben zerstört oder die Entstehung eines künftigen Rechts verhindert? 36

b) Im einzelnen.

§ 7. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht in seiner Wirkung auf das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden und umgekehrt 45

§ 8. Der Erbverzicht auf ein gesetzliches, vertragsmäßiges oder testamentarisches Erbrecht in seiner Wirkung auf eine auf anderem Grunde beruhende oder auf eine spätere Berufung 50

IV. Die Wirkung des Erbverzichts für die Abkömmlinge des Verzichtenden.

a) In der Theorie des gemeinen Rechts.

§ 9. Grundanschauung des gemeinen Rechts und die älteren Modifikationen dieser Ansicht 53

§ 10. Kritik der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts . . 57

b) In den Partikularrechten.

§ 11 64

c) Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 12 66

V. Die Wirkung des Erbverzichts für den Erblasser. Seite
a) Im allgemeinen.
§ 13 68
b) Im einzelnen.
§ 14 69

VI. Die Wirkung des Erbverzichts für dritte Personen.
a) Die Wirkung auf die Erbfolge.
§ 15 75
b) Die Wirkung des Erbverzichts auf das Pflichtteilsrecht Dritter.
§ 16 78

VII. Relativ wirkende Erbverzichte.
a) Die Beschränkung der Wirkungen des Erbverzichts durch Bedingungen überhaupt.
§ 17 93
b) Die Wirkung des Erbverzichts zugunsten Dritter.
§ 18. Im allgemeinen 94
§ 19. Die Wirkung des Erbverzichts zugunsten bestimmter naher Verwandter 98
§ 20. Die Wirkungen des Erbverzichts adeliger Töchter „bis auf den ledigen Anfall“ 102

Verzeichnis der Zitate.

Die einzelnen Werke werden unter den in Parenthese beigefügten Abkürzungen und, wenn nichts Besonderes bemerkt wird, nur mit dem Namen der Autoren zitiert.

Albrecht: In den Kritischen Jahrbüchern von Richter und Schneider, Bd. 11, 1842, S. 321—353.

Bayerisches Landrecht. herausgegeben von Danzer, 1894. (Bayr. L.R.)

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, 2. Teil, Bd. 1 und 2, 1840.

Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 4. Aufl., 1885. (Beseler P.R.)

Bluntschli: Deutsches Privatrecht, 3. Aufl., 1864, besorgt von Dahn.

Böhm: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., 1900.

Brunner: Beitr. zur Geschichte des Germanischen Wartrechtes, in der Festgabe für Dernburg 1900. (Brunner, Beitr.)

Brunner: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, 2. Aufl., 1906, Bd. 2, 1892.

Brunner: Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, Unv. Abdruck d. 2. Aufl. 1905. (Brunner, Grundzüge.)

Code civil in der Textausgabe von Tripier Monnier. (c. c.)

Cohn: Erlaß und Verzicht nach dem B.G.B. in den Beitr. zur Erläuterung des Deutsches Rechtes, 47. Jahrgang, 2. und 3. Heft, 1903. (Cohn bei Gruchot.)

Corpus juris civilis (Institutionen, Digesten, 8. Aufl., Codex, 7. Aufl.) in der Krüger-Mommsenschen Ausgabe.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., 1904.

Dernburg: Pandekten, 7. Aufl., 1903.

Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. 3, 4. Aufl., 1896. (Dernburg, pr. P.R.)

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 5. Bd., 2. Aufl., 1905. (Dernburg B.R.)

Eichhorn: Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, 3. Teil, 5. Aufl., 1844.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, 7. Aufl., 1900.

Entscheidungen des Kgl. Obertribunals, Bd. 38, Bd. 57. (E.Ob.Trib.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 8, 1883. (E.R.G. 8)

Fischer: Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge, 1778.

Foerster-Eccius: Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., 1897, Bd. 4.

Francke: Das Recht der Noterben und Pflichtteilsberechtigten, 1831.
Freund: Was in der Were verstirbt, erbt wieder an die Were. Inaug.-Diss. Breslau 1880.
Frommhold: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.
Gengler: Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen, 4. Aufl., 1892.
Gengler: Lehrbuch des deutschen Privatrechts, 2. Teil, 1862. (Gengler, Lehrbuch 2.)
von Gerber: System des deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von Cosack, 17. Aufl., 1895.
Gierke: Deutsches Privatrecht, 1. Bd., 1897; 2. Bd., 1905.
Gierke: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889. (Gierke, Entwurf.)
Gierke: Erbrecht und Vicinenrecht im Edikt Chilperichs, in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte, Bd. 12, 1876, S. 430 ff. (Gierke, Z. f. R.G.)
O. H. Gierke: Der Verzicht des Fideikommisbesitzers. Inaug.-Diss. Berlin 1905.
Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, 7. Teil, 2. Aufl., 1848.
Grimm: Deutsche Rechtsaltertümer, 4. Ausgabe, 1899. (Grimm R.A.)
Grimm: Weistümer Bd. 1, 1840; Bd. 3, 1842; Bd. 4, 1863; Bd. 5, 1866. (Grimm, Weistümer.)
Gruchot: Preußisches Erbrecht in Glossen zum Allgemeinen Landrecht auf römischer und germanischer Grundlage unter Berücksichtigung der neueren Gesetzgebung, Bd. 2 und 3, 1866, 1867.
Hartmann: Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860.
Hasse: Über Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung Todes halber und wechselseitiges Testament, in dem Rheinischen Museum für Jurisprudenz, 2. Jahrg., 1828, S. 149 ff.
Heise und Cropp: Juristische Abhandlungen, Bd. 2, 1830.
Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Heusler: Institutionen des Deutschen Privatrechts, Bd. 2, 1886.
Hofmann: Wesen und Wirkung des Erbverzichts und des Erbvertrages, in der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut, Bd. 3, 1876, S. 649 ff. (Hofmann bei Grünhut.)
Huber: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, 2. und 4. Bd.. 1888/1893.
Jastrow: Formularbuch und Notariatsrecht, 14. Aufl., 1903.
Das jütsche Low, herausgegeben von Falck, 1819.
Koch: Das Preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt, 1866.
Kohler: Zwei Studien über das sogenannte Repräsentationsrecht, zugleich ein Beitrag zur Lehre von den Fiktionen, in den gesammelten Abhandlungen aus dem gemeinen und französischen Zivilrecht, 1883, S. 367.
Köppen: System des heutigen römischen Erbrechts, 1862.

Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, 2. Bd., 1867.

Kreittmayr: Anmerkungen über den Codicem Max. bavaricum civile, 3. Teil, neue veränderte Aufl. von 1821.

Küntzel: Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, 6. Folge, Jahrg. 1, 1897, Heft 2—5.

Magdeburger Fragen, herausgegeben von Behrend, 1865.

Maurenbrecher: Lehrbuch des gesamten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, 2. Bd., 2. Aufl., 1855.

Meißels: Zur Lehre vom Verzichte, 1891.

Mevius: Commentarius in Jus Lubecense, 1744.

Meyer, Christian: Stadtbuch von Augsburg, 1872.

Mittermaier: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts, Bd. 2, 7. Aufl., 1847.

Montesquieu: Esprit des Lois, 1893, bei Firmin-Didot.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reichs, Bd. 5, 1888. (Motive 5.)

Mühlenbruch: Fortsetzung von Glücks Pandekten-Kommentar, Bd. 35, 1832, Bd. 38, 1835.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 5, 1899. Benutzt für die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung. (Protokolle 2.)

v. Neurath: Von der Regredienterbschaft und den dabei vorkommenden Rechtsfragen, 1807.

Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeb. von v. Schey, 1899.

Pauli: Abhandlungen aus dem Lübischen Rechte, 2. und 3. Teil, 1840, 1841.

Pfaff-Hofmann: Exkurse über österreichisches allgemeines bürgerliches Recht, 2. Bd., 1. Heft, 1878.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert, 5. Bd., 1. und 2. Aufl., 1902. (Planck-Ritgen.)

Regelsberger: Pandekten, 1. Bd., 1893.

Reyscher: Das Erbrecht der adligen Töchter und deren Verzichte, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, 6. Bd., 1841.

Reyscher: Die Erbverzichte der adligen Töchter und die Versuche der Reichs-Ritterschaft zur Regelung derselben, in der gleichen Zeitschrift, Bd. 15, 1855.

Rosin: Beiträge zum Recht der revokatorischen Klage bei Familienfideikommissen und hochadligen Hausgütern, in Iherings Jahrbüchern. Bd. 32, 1893.

von Roth: Bayerisches Zivilrecht, Teil 3, Abt. 2, 2. Aufl., bearbeitet von Becher, 1898.

de Rozière: Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs, 1. Bd., 1869.

Sachsenspiegel, herausgegeb. von Homeyer, 1. Teil, 3. Ausgabe, 1861. (Ssp.)

Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch, herausgegeben von Francke, 1892.

Schwabenspiegel, in der Ausgabe von Laszberg, 1840. (Schsp.)
Schiffner: Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.
Schilter: Tractatus praecipui de Renunciationibus, 1701.
Schröder: Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1907.
Schröder: Das eheliche Güterrecht in Süddeutschland und der Schweiz im Mittelalter, Teil 2, Abt. 1, 1868. (Schröder, Güterrecht.)
Seckel: Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, 1903, in der Festgabe der juristischen Gesellschaft für Koch.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 16, 20 und 28.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 5. Bd., 2. Aufl., 1906. (Staudinger-Herzfelder.)
Stobbe: Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts, 1865. (Stobbe, Beiträge.)
Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts, 1. und 2. Aufl., 1885, 5. Bd.
Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen, 2. Abt., 1864. (Stobbe, Rechtsquellen).
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 1903, Bd. 1.
Strohal: Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers. Dekanats-Programm 1899. (Strohal, Pflichtteilsrecht.)
Stryk: Tractatus de Successione ab Intestato, 1733.
von Sydow: Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen, 1828.
Tacitus: Germania, 1895, bei Teubner.
Volksrechte:
Lex Salica in der Ausgabe von Geffcken, 1898.
Lex Alamannorum in der Ausgabe von K. Lehmann, M. G. Leg., sectio I, tom. V, pars I, 1888.
Lex Burgundionum in der Ausgabe von v. Salis, M. G. Leg., sectio I., tom. II, 1, 1892.
Lex Baiuwariorum in der Ausgabe von Merkel, M. G. Leg. Fol. tom. III, S. 183 ff., 1863.
Lex Angliorum et Werinorum, hoc est Thuringorum in der Ausgabe von v. Richthofen, M. G. Leg., tom. V, S. 103 ff., 1889.
Leges Langobardorum in der Ausgabe von Bluhme, M. G. Leg. Fol., tom IV, S. 1 ff., 1868.
Lex Ribuaria in der Ausgabe von Sohm, M. G. Leg. Fol., tom V, S. 185 ff., 1883.
Lex Saxonum in der Ausgabe von v. Richthofen in der M. G. Leg. Fol., tom V, S. 1 ff., 1875.
Walter: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 1855.
Wartmann: Urkundenbuch der Abtei St. Gallen, 1863.
Wasserschleben: Das Prinzip der Sukzessionsordnung nach deutschem, insbesondere sächsischem Rechte, 1860.

Wilke: Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz mit Kommentar in Anmerkungen. Bd. 5, 1900.

Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandekten-Rechts, 9. Aufl., 1906, unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp.

Zürcher Privatgesetz, 1888, herausgegeben von Schneider.

Anonymer Aufsatz, die Abteilung und Abschichtung der Kinder nach Lübischem Recht mit Berücksichtigung der durch Gewohnheit und partikulare Verordnungen in Holstein bewirkten Modifikationen, in der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, Bd. 6, 1841. (Anonymus, Z. f. D.R.).

I. Einleitung.

§ 1.

Die Entstehung des Erbverzichts als Ergänzung der Absonderung im deutschen Recht.

Die Wirkungen eines Rechtsinstitutes sind ein Spiegelbild der Ursachen und Zwecke, die seine Entstehung bedingen.

Die Wirkungen des Erbverzichts sind demnach, wenn ich so sagen darf, aus der juristischen Konstellation zu verstehen, unter der er sich entwickelt hat.

Der Eintritt des Erbverzichtes in das Rechtssystem beruht auf dem Gesetz der allmählichen Differenzierung der Rechtsinstitute[1]). Bevor er uns in den Quellen begegnet, sehen wir die von ihm übernommene Funktion als Wirkung eines anderen Rechtsgeschäftes, der Absonderung[2]).

Aus der Absonderung der Kinder und mit ihr hat sich der Erbverzicht entwickelt. Praktisch ist die Verbindung zwischen beiden wohl in den seltensten Fällen gelöst worden. In der Doktrin dagegen wurde der Erbverzicht im Mittelalter unabhängig von der Absonderung als selbständiges Rechtsinstitut betrachtet. Aber gerade diese theoretische Scheidung zwischen Erbverzicht und Absonderung hat zu manchen Unklarheiten in der Lehre vom Erbverzicht Anlaß gegeben, indem man insbesondere Wirkungen eines stillschweigenden Erbverzichtes dort

[1]) Vgl. Brunner, Grundzüge S. 2.

[2]) Über die zahlreichen verschiedenen Bezeichnungen dieses Rechtsinstitutes vgl. Beseler, II, 2 § 28 S. 309 Anm. 1 und Freund, § 6 S. 19, 20 Anm. 1. Eine durchgehend feste Terminologie ist nicht vorhanden. Demgemäß werden hier beliebig die Ausdrücke Abschichtung, Absonderung und Abfindung gebraucht, während die bloße Tatsache einer Vermögenshingabe des Parens an die Kinder als Ausstattung bezeichnet wird.

sah, wo es sich in Wahrheit um gesetzliche Wirkungen der Absonderung handelte. Umsomehr erscheint es geboten, das Verhältnis zwischen Erbverzicht und Absonderung, wie es sich im Laufe der historischen Entwickelung beider Rechtsinstitute gestaltete, einleitend klar zu stellen.

Die Ausstattung von Kindern, die das väterliche Haus verlassen, gehört zu den ursprünglichsten Erscheinungen im Rechtsleben der Völker[3]).

Auch in den Anfängen des deutschen Rechts begegnet sie uns. Wenn Tacitus c. 18 sagt, daß die vom Manne als dos der Frau dargebrachten Tiere und Waffen auf die Söhne übergehen, damit diese sie wiederum ihrer Frau bei der Heirat darbringen (quae nurus accipiant), so ist der juristische Kern dieser schönen Sittenschilderung nichts anderes als eine Ausstattung des heiratenden Sohnes. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich meines Erachtens auch Tacitus c. 32 erklären, wenn es dort von den equi der Tencterer heißt: exipit filius, non ut cetera, maximus natu, sed prout ferox bello et melior[4]). Um eine Beerbung des verstorbenen Vaters kann es sich hier nicht handeln, ebensowenig um eine Erbteilung. Einer solchen Annahme steht die Tatsache entgegen, daß dem germanischen Recht ein Erstgeburtsrecht völlig fremd ist[5]). Vielmehr möchte ich die Stelle so erklären, daß der älteste Sohn, für den sich zuerst die Gelegenheit zur Ausstattung bot, nicht mit den übrigen zu seiner Ausrüstung erforderlichen Ausstattungsgegenständen auch das Streitroß[6]) erhielt, sondern dieses dem kriegstüchtigsten Sohne aufgespart wurde. Denn man muß annehmen, daß in jener Zeit die kriegerische Ausrüstung des Germanen keine so reichhaltige gewesen ist, daß sie eine Verteilung an mehrere Söhne ermöglicht hätte, sondern daß sie regelmäßig als Einheit auf den

[3]) Vgl. Montesquieu, livre 18 c. 21. Le P. Duhalde dit que, chez les Tartares, c'est toujours le dernier des mâles qui est l'héritier, par la raison qu'à mesure que les aînés sont en état de mener la vie pastorale, ils sortent de la maison avec une certaine quantité de bétail que le père leur donne, et vont former une nouvelle habitation. Le dernier des mâles, qui reste dans la maison avec son père, est donc son héritier naturel.

[4]) Vgl. über diese Stelle auch Brunner, I S. 109.

[5]) Vgl. Tacitus c. 20 l. Alam. LXXXVIII, E. codd. B. l. Baj. Tit. XV, 9.

[6]) Vgl. Ssp. I Art. 10.

ältesten zum Krieger herangewachsenen Sohn von dem Vater übertragen wurde. Auch Tacitus c. 20 „donec aetas separet ingenuos“ ist wohl so zu verstehen, daß nicht die Volljährigkeit allein, sondern eine bei Gelegenheit der Volljährigkeit von dem Vater gegebene Ausstattung die wirtschaftliche Trennung des Sohnes von dem väterlichen Haushalt bewirkte.

Im Laufe der fortschreitenden Rechtsentwickelung verdichtet sich nun der Brauch einer Ausstattung der Kinder zu einem bestimmten Rechtsgeschäft, das die Hausgemeinschaft zwischen dem Parens und den Kindern aufhebt[7]). Die notwendige Folge war, daß sich auch der erbabfindende Charakter einer solchen „Absonderung“ des Kindes von der Hausgenossenschaft schärfer herausbildete. Denn die Hausgenossenschaft erschien als die Grundlage des Erbrechts[8]). Die Zugehörigkeit zum Hause war also Voraussetzung für das Anrecht der Hausgenossen auf das Vermögen; wurde ein Sohn abgeschichtet, so entfiel diese Voraussetzung und damit notwendigerweise unmittelbar das Erbrecht. Solange noch diese strenge Auffassung bestand, mußte der Ausschluß vom Erbrecht auch dann Bestand haben, wenn beim Tode des absondernden Parens erbfähige Nachkommen sich nicht mehr in der Hausgenossenschaft befanden, sei es, daß sie sämtlich gestorben oder abgeschichtet waren. Nun mußte folgerichtig das Erbrecht der körperschaftlich organisierten Sippe bzw. der Nachbarn oder Herren Platz greifen, wenn man von dem dem Toten selbst gebührenden Totenteil absieht[9]).

[7]) Hiermit endet auch erst die väterliche Munt, nicht bereits mit der Volljährigkeit, vgl. Stobbe, Beitr. S. 1 ff., Brunner, I S. 102 ff. und Heusler, II S. 435 f. Das mit der Absonderung verbundene Ausscheiden aus dem Hause brachte man auch äußerlich dadurch zur Geltung, daß der Abgesonderte eine Zeitlang das väterliche Haus nicht betreten durfte, s. Grimm, R.A., I S. 636, 637.

[8]) Vgl. Gierke, Z. f. R. G., S. 481.

[9]) Vgl. Gierke, Z. f. R. G., S. 486, Grimm, Weistümer IV S. 435 Ziff. 10, s. auch V S. 97. Dem Ausschluß des Abgesonderten vom Erbrecht entsprach auf der anderen Seite, daß auch dem Absondernden ihm gegenüber künftig kein Erbrecht mehr zustand, vgl. Ed. Rothari 170. l. Burg. 78 läßt den Nachlaß des abgesonderten, ohne Nachkommen und Testament verstorbenen Sohnes zwar vorläufig an den Vater zurückfallen, jedoch nur jure usufructuario, das Eigentum gelangt an die Brüder bzw. Neffen des Verstorbenen. Anders l. Burg. 51, 2 (vgl. auch Brunner, Beitr. S. 49), s. auch Grimm, Weistümer III S. 104 Ziff. 14. Inwieweit die eigentümliche Zurücksetzung

Dies ist die erste Phase der Entwickelung.

Mit der Fortbildung des Erbrechts wurde dieser starre Standpunkt verlassen. Nicht nur die Zugehörigkeit zur Hausgenossenschaft beim Tode des Erblassers begründet die Eigenschaft als Erbe des Hausvaters. Auch die Eigenschaft als ehemaliger Hausgenosse gewährleistet dem Abgefundenen unter Umständen noch jetzt das Recht auf Übernahme des Hausvermögens. Hand in Hand mit dieser Fortentwickelung des Erbrechtes, die die Wirkung der Abschichtung modifizieren mußte, geht eine Verschiebung ihrer Zwecke. Der Vater sondert sein Kind ab, nicht um ihm die Grundlage zur wirtschaftlichen Selbständigkeit zu schaffen, sondern um seinen eigenen Anteil am Hausvermögen, die „sua portio" der Volksrechte, für Vergabungen zum Seelenheil freizumachen. Was früher als Recht der Abkömmlinge in ihrer Eigenschaft als Teilhaber der Hausgemeinschaft erschienen war, stellt sich nun als Recht des Parens da in seiner Eigenschaft als Haupt der Hausgemeinschaft.

Dieser Tendenz der Abschichtung entspricht ihre Wirkung. Auch jetzt hebt die Abschichtung unmittelbar das Erbrecht auf. Aber diese Wirkung wird hinfällig, wenn beim Tode des Hausvaters keine Kinder mehr in der Were sitzen und der Hausvater nicht anderweitig, z. B. durch Affatomie, vor allem aber durch Vergabung von Todes wegen zu frommen Zwecken, über sein Vermögen verfügt hatte. Dieser Gedanke spricht sich in zahlreichen Volksrechten aus. In der l. Bajuv. Tit. 1 c. 1 heißt es:

Ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad ecclesiam pro redemptione animae suae, licentiam habeat de portione sua, postquam cum filiis suis partivit.

Aus dieser Stelle folgt, daß die Abschichtung der Söhne dem Vater die Möglichkeit gibt, über den ihm verbleibenden Teil zugunsten der Kirche zu verfügen. Macht er von dieser Freiheit keinen Gebrauch, so kommt das ausgeschlossene Erb-

des Vaters in manchen Volksrechten z. B. l. Angl. et Wer. VII. 1 §§ 26—33 d. alod.) dadurch zu erklären ist, daß man an den betr. Stellen eine Absonderung des verstorbenen Sohnes durch den Vater unterstellen muß, sei hier nicht erörtert. Über den Totenteil vgl. Brunner, I S. 79 f., 108 f.

recht der Söhne wieder zur Geltung. Ebenso ist l. Burg. Kap. XXIV Ziff. 5 und Kap. LI Ziff. 1 zu verstehen[10]). Nach der l. Burg. Kap. I, 2 wirkt die Abschichtung nur zugunsten der in der Were verbleibenden Kinder zweiter Ehe[11]). Auch im älteren salfränkischen Rechte galt der Grundsatz, daß der Vater die Kinder abschichtet und damit ihre an sich vorhandenen Anwartschaftsrechte an dem Hausvermögen ausschloß, um Verfügungsfreiheit über den ihm verbleibenden Teil zu gewinnen[12]). Endlich seien für das langobardische Recht Ed. Rothari Kap. 170, 181, für das alemannische Recht die Urkunden Nr. 305, 360 und 578 bei Wartmann erwähnt[13]).

In dieser relativen Wirkung der Abschichtung findet sich bereits derselbe Gedanke, der später dem Verzichte auf den ledigen Anfall zugrunde liegt[14]).

In den bisher behandelten Fällen ist die, sei es absolute, sei es relative Aufhebung des Erbrechts eine Folge der von dem Familienhaupt bewirkten Abschichtung. Man kann diese gesetzliche Wirkung der Abschichtung ebensowenig auf einen stillschweigenden Erbverzicht zurückführen wie etwa den Verlust des Erbrechts, der sich als Konsequenz der einseitigen Lossagung von der Sippe ergibt[15]).

Aber diese Wirkung der Abschichtung, die sich zunächst aus einer absoluten zu einer bedingten abschwächte, mußte allmählich mit der fortschreitenden Erweiterung des Erbrechts und seiner völligen Loslösung von der Hausgenossenschaft hinfällig werden[16]).

[10]) Über den Widerspruch zwischen diesen Stellen und Kap. I. 1. vgl. Brunner, Beitr. S. 47, mit dem ich in der letzten Bestimmung eine Neuerung gegenüber Kap. XXIV, 5 und LI, 1 erblicke.

[11]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 311 Anm. 5 in Verbindung mit S. 313.

[12]) Vgl. Brunner, Beitr. S. 56 sowie die hier S. 57 und S. 50 51 angeführten Quellenstellen.

[13]) Wenn sich in den Volksrechten zugleich Bestimmungen finden, die dem Parens Verfügungsfreiheit über einen von vornherein festgelegten Freiteil auch ohne Absonderung der Kinder zusprechen, so sind diese m. E. jüngeren Datums, wie dies bereits für die Bestimmung der l. Burg. 1, 1 im Verhältnis zu 24, 5 und 51, 1 erwähnt worden ist.

[14]) Vgl. Huber, IV S. 565 und § 19 d. A.

[15]) Vgl. l. Sal. Tit. 63.

[16]) Vgl. Heusler, II S. 607.

Mit dem Augenblick, in dem das Erbrecht von der Hausgemeinschaft losgelöst war, konnte auch die Abschichtung, welche die Hausgemeinschaft aufhob, das von dieser unabhängige Erbrecht nicht mehr vernichten. Sie bewirkt nun allein die Verpflichtung zur Kollation des Empfangenen[17]. Denn „der wil mit genißen, der sal och mitte geldenn"[18]. Wollte man dies vermeiden und tatsächlich einen Ausschluß der abgeschichteten Kinder von der Erbfolge herbeiführen, so bedurfte es dazu eines besonderen Geschäftes. Hier setzt, wie ich glaube, die Entwickelung des Erbverzichtes als eines selbständigen Geschäftes ein. Während in den Volksrechten und ebenso in späteren Urkunden[19] von einer Erklärung des Abgeschichteten nicht die Rede ist, ist zu Beginn des 13. Jahrhunderts die Entwickelung jedenfalls vollendet, und der Erbverzicht findet sich als selbständiges Geschäft ausgebildet[20]. Wir finden um diese Zeit zahlreiche Rechtsquellen, aus denen einmal das Bestehen des Erbverzichts als selbständiges Geschäft und zugleich die Tatsache folgt, daß die Absonderung als solche nicht mehr das Erbrecht aufhebt. Ssp. I Art. 13 § 1 besagt, daß die Absonderung lediglich zur Kollation zwingt, in § 2 wird die Aufhebung des Erbrechts als Folge eines ausdrücklichen Erbverzichts hingestellt.

Hadden aver se ir ervedelunge dar an verloft, der solen se umberen, se ne untsegen't uppen hilgen. Verlofden se't aver vor gerichte, so mut men's se bat vertügen, den se's unscüldich

[17] Der Zusammenhang zwischen dem erbabfindenden Charakter der Absonderung und der Aufhebung der Hausgemeinschaft durch die Absonderung erhellt auch daraus, daß bereits zur Zeit der Volksrechte das abgefundene Kind dann zur Erbfolge gegen Kollation des Empfangenen zugelassen wurde, wenn es in die Hausgemeinschaft zurückgekehrt war. Vgl. Ed. Rothari 199, im Gegensatz zu 181.

Unter Kollation wird hier sowohl die sog. Real- wie Idealkollation verstanden.

[18] Bei Wasserschleben, S. 141 Art. 24.

[19] S. bei Fischer, II S. 45, 46. Die Urkunde von 1073, bei v. Neurath, S. 53, u. Fischer, II S. 48 u. 81, u. Beseler, II. 2 S. 272, in der man die erste auf einen Erbverzicht hindeutende Auslassung zu sehen meinte, ist unecht, vgl. Stumpf, Kaiserurkunden Reichskanzler S. 230, Ur. 2767, und Stobbe, S. 305 A. 13.

[20] Vgl. die Urkunde von 1227: „Renunciatio que vulgo Furzihte dicitur" bei Beseler, II. 2 S. 273 Anm. 30.

muten werden[21]). Der gleiche Gedanke spricht sich in den Kapiteln 148a und 162 a. E. des Schwabenspiegels aus[22]).

Fiel der Erbverzicht später, z. B. wegen Eintritts einer Resolutivbedingung, fort, so blieb allein die Wirkung der Absonderung übrig, und der Abgesonderte konnte gegen Kollation des Empfangenen zur Erbfolge gelangen[23]).

§ 2.

Die verschiedenen Wirkungen der Absonderung und ihre Bedeutung für das Verhältnis zwischen Erbverzicht und Absonderung.

Nicht überall verlief die Entwickelung so, wie sie in § 1 dargestellt worden ist, und gerade hier zeitigte die Gestaltungskraft der deutschen Partikularrechte die mannigfaltigsten Kombinationen.

Neben der eben als Regelfall dargestellten, zur Kollation verpflichtenden Absonderung muß man zwei weitere Fälle einer Ausstattung von Kindern unterscheiden, die beide im Gegensatz zu jener nicht mit einem Erbverzicht verbunden sein können und deshalb für unsere künftige Betrachtung auszuscheiden sind.

Bereits zur Zeit der Volksrechte, gewißermaßen als Reaktion gegen die damals so scharfe Betonung des wenigstens relativ erbabfindenden Charakters der Absonderung, kommen Ausstattungen von Kindern vor, durch die deren Erbrecht in keiner Weise beeinflußt wurde[1]).

[21]) Wenn Freund, § 5 Anm. 1 S. 18, behauptet, daß sich hier die Absonderung nur auf die Fahrhabe zu beziehen scheint, so beruht dies m. E. auf einem Mißverständnis. Die Hervorhebung des fahrenden vor anderem Gute, das man durch Augenschein beweisen mag, bezieht sich nur auf eine Frage des Beweisrechtes.

[22]) Vgl. auch Anc. Cout de Bourgogne Tit. 20, 238 und Wurster Landrecht Tit. 1 Kap. 6 § 2, zit. nach Fischer, II S. 48. Augsburger Stadtrecht bei Meyer, S. 154.

[23]) Vgl. die Verzichtsformel bei Schilter, II. additiones Leuchtii S. 39.

[1]) Vgl. Kap. zur l. Sal. V, 2 bei Geffcken, l. Ribuaria 59, 9 und Ed. Liutprandi 113 X und die zahlreichen Formeln bei de Rozière über die donationes ad filium I S. 214, 217, 218, 219 u. a. m. Vgl. auch Ed. Rothari. 199 z. T. Dazu S. 17 Anm. 17 d. Arbeit. Aus späterer Zeit vgl. Ssp. I Art. 10 und die übrigen reichen Quellenangaben bei Stobbe, V S. 45 Ziff. 1, S. 47 Ziff. 3.

Der juristische Unterschied zwischen der Absonderung und einer bloßen Ausstattung, das Ausscheiden aus der Hausgemeinschaft, verwischte sich mehr und mehr. Es gibt Ausstattungen ohne Kollationspflicht und ohne erbabfindenden Charakter, die mit einem Ausscheiden aus dem Hause verbunden sind[2]), und andererseits vereinzelte Absonderungen, die einen Ausschluß von der Erbfolge oder wenigstens eine Einwurfspflicht bewirken, ohne daß das abgefundene Kind aus dem Hause scheidet[3]).

Maßgebend dafür, ob eine Absonderung oder eine bloße Ausstattung vorliegt, war lediglich die Absicht der Parteien, die in der Menge bzw. dem Wert oder dem Charakter der hingegebenen Gegenstände zum Ausdruck kam[4]).

Bei einer solchen Ausstattung, die gerade den Zweck verfolgte, den Kindern etwas zuzuwenden, ohne deren Erbrecht dadurch zu beeinflussen, kann naturgemäß von einem etwa hinzutretenden Erbverzicht nicht die Rede sein.

Aber auch, wenn eine wahre Absonderung vorliegt, findet sich für einen Erbverzicht nicht immer Platz. In zahlreichen Partikularrechten blieb für gewisse Fälle der Gedanke wach, daß jede Abschichtung die Aufhebung des Erbrechts herbeiführe[5]). So enthält bereits Ssp. I Art. 5 § 1 eine Ausnahme von der Regel des Art. 13 für die Enkel des Absondernden. Voraussetzung für das Erbrecht der Enkel gegenüber dem Großvater ist es hiernach, daß ihr Vater „umbedelet von dem erve“ vor dem Großvater gestorben ist. Hieraus folgt per argumentum a contrario, daß dann, wenn der Vater abgeschichtet ist, die Enkel kein Erbrecht haben. Nun kann zwar der Abgeschichtete durch Konferierung des Empfangenen sein Erbrecht zurückerlangen, seinen Abkömmlingen steht dieses Recht jedoch nicht zu[6]. Wenn der Ssp. hier, und zwar nur hier, ein Eintrittsrecht

[2]) Vgl. Wasserschleben, S. 171 Bl. 25 b.

[3]) Vgl. Wasserschleben, S. 164 s. v. Beradt. Vgl. auch Ssp. I Art. 13 „se twein sik mit der kost oder ne dun“.

In solchen Fällen, in denen das abgesonderte Kind im Hause verbleibt, wird häufig bestimmt, daß es den Eltern die entstehenden Unterhaltskosten zu ersetzen hat. Vgl. Kraut, S. 593 Anm. 8.

[4]) Vgl. auch Stobbe, Beitr. S. 42 sub d.

[5]) So das Glogauer Rechtsbuch Kap. 3, wenn die Abschichtung gerichtlich war. Zit. nach Stobbe, § 390 S. 100 Anm. 30.

[6]) Ebenso Magdeburger Fragen B. 1 Kap. 7 Di. 15.

der Kinder in die erbrechtliche Stellung ihrer Eltern kennt, so beruht dies nicht auf der Eigenschaft der Kinder als Erben des Verstorbenen, sondern auf ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Hausgemeinschaft[7]). Die durch die Gemeinschaft begründete Anwartschaft der Eltern geht auf ihre Kinder über, wenn die Eltern innerhalb dieser Gemeinschaft verstorben sind. Sind die Eltern abgesondert, so ist das Bindeglied beseitigt, durch das das Erbrecht der Enkel vermittelt wurde. Daß es dem Sohne bei dem Tode seines Vaters freigestanden hatte, wieder in die Were einzutreten, kann den Enkeln nichts nützen. Sie können beim Tode ihres Großvaters als Kinder eines Abgesonderten nicht zusammen mit nicht abgefundenen Onkeln, Tanten und Vettern zur Erbfolge berufen werden. Sie sind, wie es in einem Züricher Ratserkenntnis heißt, „ohne ihr Verschulden mit zwei Ruten, dem Verlust der Eltern und des großelterlichen Erbes, geschlagen“[8]).

Die Zurücksetzung der Tochterkinder in B 1 A 5 erklärt sich aus der ungünstigen erbrechtlichen Stellung, die auch die Töchter gegenüber den Söhnen im sächsischen Rechte einnehmen[9]). Der Unterschied zwischen dem Erbrecht der Söhne und Töchter verwischt sich mit der Zeit. Demgemäß finden sich bald Urkunden, die ein Erbrecht der Kinder von unabgesonderten Töchtern neben der Schwester und neben den unmittelbaren Deszendenten anerkennen[10]).

Als sich der Gedanke des Repräsentationsrechtes in Deutschland vor allem durch die Reichsabschiede von Freiburg 1498, Augsburg 1500 und Worms 1521 durchgesetzt hatte[11]), konnte die Absonderung, die den Kindern die Erbfolge gegen Kollation gewährt haben würde, für die Enkel nicht mehr den Ausschluß ihres Erbrechts zur Folge haben. Nur dort, wo auch ihre Eltern

[7]) Als Prinzip ist das Repräsentationsrecht dem Ssp. fremd. Vgl. den Widerspruch der Städte gegen das Eintrittsrecht der Geschwisterkinder auf dem Reichstag von Freiburg 1498, da „solches wider den Sachsenspiegel seyn werde“. Zit. nach Stobbe, Rechtsquellen 203 a. E. Bd. 2.

[8]) Zit. nach Pauli, III S. 104.

[9]) Vgl. I Sax. Kap. 46 und Ssp. I Art. 17 § 1.

[10]) Vgl. Wasserschleben, S. 152 und Stobbe, Beitr. S. 47.

[11]) Durch dieses Eintrittsrecht wurde aber nicht erst das Erbrecht der Enkel begründet, sondern nur neben dem der Kinder zur Geltung gebracht. Vgl. Schröder, S. 341; Gierke, Z. f. R. G., S. 443 bis 445.

nicht gegen Konferierung des Empfangenen zur Erbfolge gelangen konnten, sei es, weil kraft partikularrechtlicher Bestimmung die Absonderung bereits ipso jure das Erbrecht ausschloß, sei es, weil ein Erbverzicht zu der Absonderung getreten war, da war auch künftig ihren Abkömmlingen das Recht der Sukzession gegen Kollation des Empfangenen versagt[12]).

Eine große Reihe von Stadtrechten unterscheidet zwischen der Absonderung zu Lebzeiten beider Eltern und nach dem Tode eines Elternteiles[13]). Hier hebt die Absonderung ipso jure das Erbrecht auf, dort verpflichtet sie nur zur Kollation[14]). Der überlebende Parens ist zu dieser Absonderung nicht nur berechtigt, sondern auch in manchen Rechten schlechthin[15]), in anderen nur bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen, wie z. B. bei nachlässiger Verwaltung, vor allem aber im Falle der Wiederverheiratung verpflichtet[16]). Eine solche Verpflichtung zur Absonderung besteht bei Lebzeiten beider Eltern regelmäßig nicht[17]). Gerade daraus, daß der überlebende Parens die Absonderung zumeist nicht aus eigenem Antriebe, sondern auf Verlangen der Kinder vornehmen mußte, erklärt sich m. E. in letzter Linie deren erbabfindender Charakter. Das Kind, welches die Absonderung verlangte, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn es infolge einer etwaigen späteren Vermehrung des elterlichen Vermögens beim Tode des Parens superstes mehr erhalten würde, als es bei der Absonderung erhalten hat.

Häufig wurde der Absonderung von Töchtern bei der Heirat

[12]) Vgl. § 10 d. A.

[13]) Auch im letzteren Falle handelt es sich hier um eine Absonderung von dem Vermögen beider Eltern, nicht etwa um eine Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Parens und den Kindern über den Nachlaß des Verstorbenen, wie z. B. in Ssp. I Art. 11.

[14]) Vgl. Mittermaier, II § 438 S. 532; Pauli, III S. 97ff. f. d. lüb. Recht, a. A. Freund, S. 23.

[15]) Vgl. altes lübisches Recht Cod. II Art. 20 bei Pauli, II S. 159, Anm. 171.

[16]) Vgl. Jus Slesvicense antiquum § 10 bei Pauli, II S. 163 Anm. 179, für den Vater im Falle der Wiederverheiratung, und Urkunden bei Huber, IV S. 502, 503 Anm. 11.

[17]) Vgl. Ssp. II Art. 19 § 1; Schsp. Art. 162, s. aber auch Art. 186, ferner auch Dortmunder Statuten bei Pauli, II S. 159 Anm. 171. Pauli übersieht hier, daß es sich um eine Abschichtung bei Lebzeiten beider Eltern handelt.

erbabfindender Charakter beigelegt. Schon Ssp. I Art. 5 § 2 besagt, daß die abgesonderte Tochter von der Sukzession in die Gerade mit der unausgestatteten Tochter zusammen ausgeschlossen ist[18]). Diese Bestimmung ist anderwärts dahin verallgemeinert worden, daß die Tochter durch die Absonderung schlechthin vom künftigen Erbrecht überhaupt ausgeschlossen wird[19]). Noch andere schließen die abgesonderte Tochter nur von der Erbfolge in die Fahrnis aus, während ihr Erbrecht in das liegende Gut nur durch einen ausdrücklichen Erbverzicht aufgehoben wird[20]).

Dieser Unterschied zwischen Fahrnis und liegendem Gut findet sich in anderen Quellen auch für die abgesonderten Söhne[21]) und beruht wohl auf dem Gedanken, daß, im Gegensatz zu dem den Kern des Vermögens bildenden Grundbesitz, eine Vermehrung bzw. Verminderung der Fahrnis bis zum Tode des Absondernden schwerlich dazu führen würde, den Erbteil der in der Were verbleibenden Kinder als zu groß oder zu gering gegenüber den von der Sukzession in die Fahrnis ausgeschlossenen, abgefundenen Kindern erscheinen zu lassen. Gerade die Erwägung, daß durch das spätere Wachsen oder Schwinden des Vermögens das abgesonderte Kind vor den anderen benachteiligt oder bevorzugt werden könne, war es, die zugunsten der lediglich eine Einwurfspflicht begründenden Absonderung sprach[22]).

Hiermit hängt m. E. auch die Bestimmung mancher Rechte zusammen, daß dann, wenn sämtliche Kinder abgeschichtet sind, diese nach Kopfteilen in den väterlichen Nachlaß erben, ohne das vorher Empfangene einwerfen zu müssen[23]).

[18]) Aus dieser Ausnahme von Artikel 13 erklärt es sich auch, daß nach Artikel 13 § 1 die abgesonderte Tochter zur Kollation der ihr bei der Absonderung überlassenen Gerade-Stücke nicht verpflichtet ist, da ihr ja nach der Bestimmung des Art. 5 die Kollation doch nicht das Recht der Erbfolge in die von ihrer Mutter hinterlassene Gerade verschaffen würde. Eine eigentümliche Erklärung hierüber bei von Sydow, S. 93.

[19]) Vgl. Wasserschleben, S. 167 s. v. Inbrengen.

[20]) Vgl. Wasserschleben, S. 164 s. v. Bestat, Abs. 1 und S. 166 s. v. Erbe. Abs. 1 u. 2.

[21]) Schsp. Art. 147b und 148a.

[22]) Die Notwendigkeit einer gleichen Verteilung des elterlichen Vermögens unter die Kinder wird von zahlreichen Urkunden mit aller Schärfe betont. Vgl. Urkunden bei Fischer, II S. 76ff.

[23]) Vgl. von Sydow, S. 92 und Wasserschleben, s. v. ausgeratte Tochter, S. 173, 174.

Denn hiernach konnte von einer Übervorteilung eines Kindes durch das andere kaum die Rede sein, da die Kinder bei der Absonderung — jedenfalls regelmäßig — gleichviel erhielten[24]). Der gleiche Gedanke liegt wohl auch dem hier und dort den Erben zugesprochenen Rechte zugrunde, die abgefundenen Kinder zur Kollation zu nötigen[25]). Seine äußerste Konsequenz finden wir dort, wo ausnahmsweise sogar der ausdrückliche Erbverzicht des Abgesonderten keine Aufhebung des Erbrechts herbeiführt, sondern nur zur Kollation zwingt[26]).

Von dieser Ausnahme sei jedoch hier abgesehen.

Die einseitige Absonderung durch den Parens, die ipso jure das Erbrecht des Abgesonderten ausschloß, widersprach im allgemeinen dem Grundsatz einer gleichmäßigen Verteilung des elterlichen Vermögens unter die Kinder.

Um das Erbrecht des abgefundenen Kindes endgültig aufzuheben, bedurfte es dessen förmlicher Mitwirkung. Die bloße Annahme der Absonderung durch das Kind genügte nicht[27]). Die Aufhebung des Erbrechts mußte durch ein besonderes Rechtsgeschäft des abgesonderten Kindes selbst erfolgen. Diesem Zwecke diente der Erbverzicht.

In den Fällen, in denen nach der obigen Darstellung auch künftig die Absonderung kraft partikularrechtlicher Bestimmung ipso jure den Ausschluß von der künftigen Erbfolge bewirkt, sind ihre Wirkungen, wie sich aus der geschilderten Entwicklung ergibt, die gleichen wie die eines Erbverzichtes. Die Wissenschaft des älteren gemeinen Rechts stand auf einem grundsätzlich anderen Standpunkt. Mit gutem Grunde! Das römische Rüstzeug, mit dem sie die germanischen Rechtsinstitute bearbeitete, erwies sich als machtlos gegenüber den positiven partikularrechtlichen Bestimmungen, die die Wirkungen der Absonderung festlegten. Für den Erbverzicht jedoch fehlte es an derartigen Statuten. So erkennt bereits die ältere Jurisprudenz des Mittelalters die unmittelbar das Erbrecht aus-

[24]) So ausdrücklich Jütsche Low I Kap. 14 § 2.

[25]) Vgl. Jütsche Low I Kap. 15 § 5 a. E. und Anc. Cout de Bourgogne Tit. 20 a. 238 bei Fischer, II S. 48.

[26]) So das Ostfriesische Landrecht von 1515 lib. 2 cap. 61 bei Gruchot, II S. 261.

[27]) Vgl. Ssp. II, Art. 19 § 1.

schließende Wirkung der statutarischen Absonderung an, während beim Erbverzicht erst Beseler diese Wirkung gegenüber dem angeblich obligatorischen Charakter desselben zur Geltung brachte[28]). Seitdem aber der Erbverzicht auf seine deutschrechtliche Grundlage gestellt worden ist, kann man von einem Unterschied zwischen ihm und der kraft partikularrechtlicher Bestimmung das Erbrecht ipso jure ausschließenden Abschichtung schlechterdings nicht mehr sprechen.

Beseler[29]) sieht trotzdem noch eine Verschiedenheit zwischen beiden darin, daß bei der Absonderung mit erbabfindendem Charakter dann, wenn keine unabgeschichteten Kinder mehr vorhanden sind, und der Erblasser von der ihm durch die Absonderung gewährten Verfügungsfreiheit keinen Gebrauch gemacht hat, die abgesonderten Kinder zur Erbfolge gelangen. Die gleiche relative Wirkung werden wir jedoch S. 99 ff. d. A. bei dem Erbverzicht beobachten.

Deshalb wäre es widersinnig, wollte man neben einer solchen Absonderung mit ipso jure erbabfindendem Charakter auch von Wirkungen eines stillschweigenden Erbverzichtes reden. Trotzdem ist dies geschehen, indem hier auch die verwirrende Tendenz zutage trat, die gesetzlichen Wirkungen einer Rechtshandlung als solche eines hinzutretenden stillschweigenden Rechtsgeschäftes anzusehen. Damit ist m. E. auch allen den Ansichten der Boden entzogen, die einem Erbverzicht neben der Absonderung mit erbabfindendem Charakter besondere von den Wirkungen des „gewöhnlichen" Erbverzichtes abweichende Wirkungen beilegen. Dies tut auch Beseler, wenn er sagt, daß im gemeinen Recht der Erbverzicht der Kinder bei der Abschichtung sich im Gegensatz zu dem Erbverzicht im allgemeinen auch auf deren Abkömmlinge erstrecke[30]). Es sei hier dahingestellt, welches die Wirkung des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden im späteren gemeinen Recht ge-

[28]) Vgl. Consilium S. Matthiae Laymanni bei Schilter, I S. 219. „Hierauff wird mit Grund geantwortet, daß die jetzt allegirte Rechtslehrer reden allein in dem Fall, wann eine Tochter durch ein Statutum ausgeschlossen wird, wann sie sich aber selbst verzigen hat, so wird sie nicht für todt gerechnet."

[29]) So Beseler, II, 2 S. 320, ebenso Freund, S. 24.

[30]) So Beseler, II, 2 S. 324, 325, ebenso Freund, S. 24.

wesen ist. Jedenfalls kann sie bei einer ipso jure das Erbrecht ausschließenden Absonderung keine andere gewesen sein als sonst, und zwar aus den beiden Gründen, in denen ich das auch für die folgende Untersuchung wichtige Ergebnis dieser Einleitung sehen möchte:

1. Bei einer Absonderung, die kraft partikularrechtlicher Bestimmung das Erbrecht der Abgesonderten aufhebt, kann von den Wirkungen eines hinzutretenden Erbverzichtes nicht die Rede sein.
2. Eine solche Absonderung mit erbabfindendem Charakter hat an sich die gleichen Wirkungen wie der Erbverzicht oder, um der historischen Entwickelung gerecht zu werden, dieser die gleichen Wirkungen wie jene.

II. Gliederung des Stoffes.

§ 3.

Unmittelbare und mittelbare Verzichtswirkungen.

Jeder Verzicht ist eine Verfügung des Verzichtenden, gerichtet auf die Aufgabe eines Rechtes. In der Erreichung dieses Zieles besteht und erschöpft sich seine unmittelbare Wirkung. Aber indem der Verzicht das Recht des Verzichtenden beseitigt, kann er in irgend einer Beziehung die Rechtssphäre dritter Personen beeinflussen. Ja, dies wird stets der Fall sein, insofern der Befugnis des einen ein Gebundensein des anderen entspricht, und mit dem Rechte auch die Beschränkung wegfällt, die jenem entsprach. Doch mehr noch: Nicht nur die Befreiung von einer Pflicht, nein, auch der Erwerb eines Rechtes kann für andere aus dem Verzicht sich ergeben[1]). Doch niemals ist der Verzicht Veräußerung in dem Sinne der Über-

[1]) Insoweit der Verzicht außerdem noch das Recht eines Dritten beeinträchtigen würde, ist er regelmäßig unwirksam oder bedarf der Zustimmung des Dritten, vgl. B.G.B. § 876 und H.G.B. § 241 Abs. 4 Satz 2. Eine Ausnahme hiervon, siehe § 10 d. A.

tragung eines Rechtes auf einen anderen[2]). Vielmehr ist ein Verzicht, der den Rechtserwerb eines anderen bewirkt, gerade das Widerspiel einer Veräußerung. Hier die Übertragung des Rechtes auf einen anderen, und infolgedessen der Verlust des Rechtes für den Veräußernden, dort die Aufgabe eines Rechtes und als Folge des dadurch geschaffenen Tatbestandes der Rechtserwerb eines Dritten[3]). Der unmittelbaren Wirkung des Verzichtes, der Aufgabe eines Rechtes, entsprechen als Folgen des durch den Verzicht begründeten Zustandes, als mittelbare Wirkung, eine Befreiung von einem Gebundensein und unter Umständen ein Rechtserwerb.

§ 4.

Der Erbverzichtsvertrag, eine Verfügung des Verzichtenden mit Zustimmung des Erblassers.

Auch der Erbverzicht ist eine Verfügung des Verzichtenden über sein künftiges Erbrecht, eine Verfügung, die mittelbar eine Ausdehnung der Testierfreiheit des Erblassers und die Begründung oder Erweiterung eines fremden Erbrechts zur Folge hat. An dieser Tatsache ändert der Umstand nichts, daß der Erbverzicht im modernen gemeinen Recht sowohl[1]) wie im B.G.B. (§ 2346) als Vertrag zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser konstruiert ist. Wir stehen hier einer Ausnahme gegenüber, insofern der Verzicht regelmäßig einseitig ist, da er unmittelbar nur die Rechtssphäre des Verpflichtenden beeinflußt[2]). Wenn

[2]) Dies der Begriff der Veräußerung im engeren Sinne; im weiteren Sinne bedeutet Veräußerung schlechthin die Herbeiführung des Verlustes eines Rechtes und umfaßt auch den Verzicht.

[3]) Vgl. Gierke, § 33 S. 285; Regelsberger, § 123 S. 451.

[1]) Vgl. Beseler, P.R. I § 145, III S. 646; Pfaff-Hofmann, S. 34; Gengler § 202 IIb S. 748.

[2]) Schon Giphanius bei Schilter, Kap. 1 S. 8 sagt: „In eo tamen differt renunciatio a pacto, quod pactum requirat duorum vel plurium consensum et voluntatem, ut et contractus. Renunciatio unius consensu fieri potest."

Zu dem gleichen Ergebnis gelangen für den Regelfall die Monographien von Meißels u. Cohn bei Gruchot; a. A. Seckel, S. 230[9]. Nach ihm folgt „u. a. aus der relativen Geschlossenheit der Zahl der Gestaltungsrechte", zu denen der einseitige Verzicht gehört, „daß die Theorie den einseitigen Verzicht nur zulassen darf, wo ihn das Gesetz oder die Analogie zuläßt, und daher für die offenen Fälle nur der Verzichtsvertrag übrig bleibt".

also der Erbverzicht im gemeinen Recht und B.G.B. als Vertrag erscheint, so ist die Erklärung hierfür in den besonderen Eigentümlichkeiten dieses Rechtsinstitutes zu suchen. Der Grund, weswegen man hier die Vertragsform wählte, dürfte in letzter Linie in dem mit dem römischen Recht eingedrungenen Gedanken zu finden sein, daß alle Erbfolge auf dem Willen des Erblassers beruht. Dieser Anschauung mochte es unleidlich erscheinen, daß der künftige Erbe bei Lebzeiten des Erblassers in der Lage sein sollte, die Erbfolge einseitig zu ändern. Ließ man nun auch das Rechtsinstitut des Erbverzichtes bestehen, so forderte man doch wenigstens, daß die Verfügung des künftigen Erben der Zustimmung des Erblassers bedürfe. Mit dieser Auffassung stimmt es denn auch überein, daß der Erbverzicht namentlich vor der Rezeption zwar regelmäßig in feierlicher Form, vor Gericht oder Rat, doch keineswegs von Anfang an als Vertrag sich darstellt[3]. Insbesondere erscheint beim Adel, wo sich ja in vielen Fällen das ursprüngliche germanische Recht erhalten hat, auch später der Erbverzicht nicht in der Form eines Vertrages zwischen Erblasser und Erben, sondern als feierliche, empfangsbedürftige Erklärung[4]. Mit der im römischen Erbrecht wurzelnden, den Erblasser in den Vordergrund rückenden Auffassung hängt es auch zusammen, wenn im gemeinen Recht der Erbverzicht als Enterbungsvertrag[5] bezeichnet und so den Verfügungen von Todes wegen im System angereiht wurde. Damit wurde aber der tatsächliche historisch gegebene Sachverhalt auf den Kopf gestellt. Denn nicht der Erblasser enterbt

[3]) Der Ssp. I Art. 13 § 2 kennt den formlosen und gerichtlichen Erbverzicht mit verschiedener Regelung des Beweisrechtes; vgl. Nürnberger, Reformation von 1564 P. III Tit. 33 Ges. 7 bei Beseler, II, 2 S. 324; ferner Stobbe, 5 § 313 S. 304 Anm. 9 u. 10, Urkunde II b. Fischer, II, 2 S. 49.

Die Gründe, die Pfaff-Hofmann, S. 33 ff. aus dem Wesen des Erbverzichts für die Vertragsform herleiten, sprechen m. E. nur gegen die Formlosigkeit des Erbverzichts, aber nicht dafür, daß der Erbverzicht begrifflich die Annahme der Verzichtserklärung durch den Erblasser erfordert.

[4]) Vgl. die Urkunden b. Fischer, II, 2 Nr. 24 S. 80, 81, Stobbe, § 314, 2 S. 318.

[5]) So Hasse, S. 151. Dieselbe Auffassung liegt dem ersten Entwurf eines B.G.B. zugrunde. S. Mot. V S. 171 u. und dagegen die Kritik Gierkes, Entwurf S. 546.

hier durch Vertrag mit dem Verzichtenden, seine Tätigkeit beschränkt sich lediglich auf die Annahme der Erklärung, auf die Zustimmung zu dem Akte des Verzichtenden. Durch die Annahme wird allerdings auch der Wille des Erblassers zum Ausdruck gebracht, daß das Erbrecht des Verzichtenden nicht zur Entstehung gelange. Aber dieser Wille ist juristisch sekundärer Natur, er steht und fällt mit dem von dem Verzichtenden ausgesprochenen Verzichtswillen. Darum kann bei Ungültigkeit des Erbverzichtsvertrages wegen eines in der Person des Verzichtenden begründeten Mangels niemals die als bloße Zustimmung zu der Verfügung des Verzichtenden gedachte Willenserklärung des Erblassers etwa als Verfügung von Todes wegen Bestand haben, auch wenn der Erblasser an sich ohne Mitwirkung des Verzichtenden durch seine — formgerechte — Erklärung den mit dem Erbverzicht erstrebten Erfolg hätte erreichen können[6]).

Der Erbverzichtsvertrag ist keine Verfügung von Todes wegen wie der Erbeinsetzungsvertrag, er ist das Gegenstück dazu, insofern hier eine Verfügung des Erblassers. dort eine solche des künftigen Erben vorliegt[7]).

Wenn der Erbverzichtsvertrag im gemeinen Recht ganz allgemein als renunziativer Erbvertrag bezeichnet wurde, so läßt sich hieraus nicht folgern, daß man in dem Erbverzicht eine Verfügung von Todes wegen sah, wie wir dies aus der vereinzelten Benennung als Enterbungsvertrag allerdings schließen mußten. Dies beruht vielmehr darauf, daß das gemeine Recht unter Erbverträgen erbrechtliche Verträge schlechthin verstand und unter diesen Begriff sowohl den auf die Begründung wie auf die Vernichtung eines Erbrechts gerichteten Vertrag sub-

[6]) Auch im Wege der Konversion ist ein derartiges Ergebnis schlechterdings m. E. nicht herbeizuführen. Es fehlt die nach gemeinem Recht wie nach B.G.B. zur Konversion erforderliche Identität der juristischen Willensrichtung. Beim Erbverzichtsvertrag ist der Wille des Verzichtenden, bei der Verfügung von Todes wegen der des Erblassers die causa efficiens der eintretenden Rechtswirkung.

Vgl. Hellwig, S. 633 Anm. 306, der jedoch die Möglichkeit einer Konversion offen läßt.

[7]) Indem aber andererseits beide, wenn auch auf verschiedenen Wegen, den Ausschluß des künftigen Erben von der Erbfolge bezwecken, werden wir hier und dort im Verlaufe der Untersuchung ihre Wirkungen übereinstimmend finden.

sumierte[8]). Das B.G.B. ist dieser Auffassung nicht gefolgt, es versteht unter Erbverträgen lediglich die affirmativen erbrechtlichen Verträge (vgl. § 1941, 2278 B.G.B.) und hat somit die systematische Verbindung zwischen Erbeinsetzungsvertrag und Erbverzichtsvertrag aufgehoben[9]). Wenn also der Erbverzicht in Vertragsform erscheint, so ändert dies seinen Charakter als Verfügung des Verzichtenden nicht im mindesten, und wir kommen zu dem Ergebnis:

Der Erbverzicht, wie jeder andere Verzicht, ist eine Verfügung des Verzichtenden über sein Recht. Seine Einkleidung in Vertragsform stellt sich nicht als ein begrifflich notwendiges, die Wirkungen des Erbverzichtes beeinflussendes Erfordernis dar.

Wenn wir nun nach den Wirkungen des Erbverzichtes fragen, so folgt die Gliederung der Aufgabe aus der eben gekennzeichneten Natur des Erbverzichtes. Die primäre, unmittelbare Wirkung ist die für den Verzichtenden. Sekundär folgt aus der durch die Verfügung des Verzichtenden geschaffenen Rechtslage die Wirkung für den Erblasser und für dritte Personen.

III. Die Wirkung des Erbverzichtes für den Verzichtenden.

a) Im allgemeinen.

§ 5.

Wirkt der Erbverzicht obligatorisch oder absolut?

Die romanistischen gemeinrechtlichen Juristen hatten mit dem Erbverzicht als einer gegebenen Tatsache zu rechnen, und nun hieß es für sie, das im Volksleben wurzelnde Institut juristisch,

[8]) Vgl. Beseler, II, 1 § 1 S. 19, der den Erbvertrag in einen Erbeinsetzungsvertrag und Erbverzichtsvertrag gliedert. S. ferner Bluntschli. § 240, 2 S. 713, Dernburg, pr. P.R. § 174 II S. 509, Gengler, P.R. § 197 I § 2 S. 732.

[9]) Dagegen Gierke, Entwurf S. 526.

d. h. von ihrem Standpunkt aus, nach den Grundsätzen des römischen Rechts zu erklären[1]). Die Doktrin ging davon aus, daß jeder Verzicht nach den über obligatorische Verträge geltenden Grundsätzen zu behandeln sei. So sagt Giphanius, Kap. 1 S. 8 (b. Schilter): „Est renunciatio velut species pacti. — Et proinde de his Renunciationibus et Remissionibus agitur sub tit. de Pact. et Transact."

Der Erbverzicht nun wird geradezu von Schilter in der Note zu Kellenbentz S. 631 o. als pactum de non petendo bezeichnet. Denn hier kommt der nach der Ansicht dieser Juristen einzige Unterschied zwischen renunciatio und pactum — dort Einseitigkeit, hier übereinstimmende Willenserklärung zweier Personen — nicht in Betracht[2]). Indem man nun annahm, daß die Wirkung eines pactum stets eine obligatorische sei, folgerte man, daß auch die Wirkung eines Verzichtes niemals die unmittelbare Aufhebung eines Rechtes sein könne, sondern sich lediglich als eine obligatorische darstelle. Hiernach erscheint der Erbverzicht als ein obligatorischer Vertrag, der den Verzichtenden verpflichtet, der Erbschaft zu entsagen. Der Erbverzicht bezieht sich also hiernach nicht auf das Erbrecht, sondern auf den Nachlaß[3]).

Erst mit dem Augenblick, in dem der Verzichtende zu dem Nachlaß in rechtliche Beziehungen tritt, d. h. mit der Delation der Erbschaft, kann von einer Erfüllung der Verbindlichkeit des Erben die Rede sein. Die Wirkung des Erbverzichtes kann sich also erst dann und nur dann äußern, wenn dem Verzichtenden deferiert ist. Der Erbverzicht, weit davon entfernt, das Erbrecht aufzuheben, erfolgt vielmehr unter der stillschweigenden Bedingung, daß der Verzichtende Erbe wird (si hereditas fuerit delata)[4]). Stirbt der Verzichtende vor dem Erbfall, so ist die

[1]) Mit einem wahren Feuereifer machten sie sich an diese Aufgabe. Bei Giphanius (bei Schilter), Kap. 6 S. 40 heißt es: De Renunciatione Successionis: Extant de ea innumerabilia interpretum responsa, disputationes et decisiones.

[2]) Vgl. das Zitat aus Giphanius, § 4 Anm. 2 d. A.

[3]) Hierdurch kam man in manchen Rechten (vgl. Stobbe, V § 290 S. 98 Anm. 21, indem man den Bestand des Nachlasses zur Zeit des Verzichtes zugrunde legte, zu der Auffassung, daß der Verzichtende neue Ansprüche an den Nachlaß stellen kann, wenn dieser sich späterhin vermehrt hat.

[4]) Vgl. auch Beseler, II, 2 S. 230, 231.

Bedingung nicht eingetreten, und der Verzicht kommt nicht zur Wirkung. Für den Verzichtenden ist dies allerdings bedeutungslos, da er infolge seines Todes nun ja doch nicht zur Erbfolge berufen wird, nicht aber z. B. für seine Abkömmlinge, für die man hieraus die Wirkungslosigkeit des Verzichtes ihnen gegenüber herleitet[5]).

Diese etwa im 17. Jahrhundert begründete Auffassung einer obligatorischen Wirkung des Erbverzichts ward die herrschende und findet sich noch bei Glück in aller Schärfe ausgesprochen[6]). Danach müßte, wie Beseler, II, 2 S. 238 hervorhebt, „der verzichtende Noterbe, da er doch Erbe bleibt, im Testament instituiert oder exheridiert werden, weil seine Übergehung eine Verletzung der Form wäre", woraus sich weiter die merkwürdigsten Konsequenzen ergeben.

Dieser Schluß Beselers läßt sich nicht etwa als eine Übertreibung hinstellen, um die Unrichtigkeit der gegnerischen Meinung darzutun. Der beste Beweis dagegen ist wohl, daß dieselbe Folgerung auch von Schriftstellern gezogen wird, die Anhänger der obligatorischen Wirkung sind[7]). Wenn Albrecht dies S. 349 als eine „Subtilität" bezeichnet und hiergegen einwendet: „hat er auf die Sache verzichtet, so kann er auch die Form nicht in Anspruch nehmen", so vergißt er, daß es sich hier um eine gesetzliche Formvorschrift handelt, die unbedingte Anwendung erheischt, mag der Noterbe sie auch nicht in Anspruch nehmen.

Aber sehen wir von den Ungereimtheiten ab, zu denen diese Konstruktion führt, so erscheint sie schon deshalb unhaltbar, weil sie auf durchaus falschen historischen Grundlagen beruht.

Nach römischem Recht war der Erbverzicht[8]) nichtig, und zwar ausnahmslos nichtig. Der gemeinhin für diese Nichtigkeit des Erbverzichtes angegebene Grund eines Verstoßes gegen die guten Sitten trifft m. E. nicht den Kern der Sache. Die

[5]) Hierüber siehe S. 55 d. A.

[6]) Glück, VII S. 136.

[7]) Vgl. Stryk, Diss. 8 Kap. 10 § 96. Vgl. auch Franke, S. 218 Anm. 22.

[8]) Vgl. l. 94 D. de adquir. vel omitt. Her. 29, 2. c. 35 § 1 C. de inofficioso testamento 3, 28. c. 3 C. de collationibus 6, 20. l. 16 D. de suis et legitimis heredibus 38, 16. Vgl. auch Dernburg, III § 127 S. 250. Windscheid-Kipp, § 585 Anm. 1 S. 392.

Nichtigkeit des Erbverzichtes folgt vielmehr, wie z. B. auch die zuletzt zitierte Pandektenstelle dartut, daraus, daß die Erbfolge auf einem einheitlichen Berufungsgrunde beruhen muß[9]), der Erbverzichtsvertrag aber die Möglichkeit bieten würde, durch Privatverfügung (privatorum cautione) in die gesetzliche Erbfolge einzugreifen[10]).

Daher ist es unbegründet, wenn einige auch im römischen Recht in gewissen Fällen einen Erbverzicht als obligatorisches Geschäft zu finden glauben und hieraus die Berechtigung herleiten wollen, den Erbverzicht im gemeinen Recht als eine Unterart des pactum de non petendo zu behandeln[11]).

Der richtigen Anschauung von der ausnahmslosen Nichtigkeit der Erbverzichte im römischen Recht gibt auch die Glosse unzweideutigen Ausdruck: Quia est de futura successione, quod sive fit de succedendo sive de non succedendo, non valet. Sed quid si juravit? Respondetur secundum P. (Placentinum) tenet. Sed tu dic contra[12]).

Das kanonische Recht hat, an die in dieser Glossenstelle verworfene Meinung des Placentinus anknüpfend, den eidlich bestärkten Erbverzicht für gültig erklärt[13]). Hieran schließt sich nun eine zweite Kette von Schlußfolgerungen an, um die obligatorische Wirkung des Erbverzichts zu erklären. Man ging von dem für das römische Recht, aber auch nur für das römische Recht korrekten Standpunkt aus, daß die Erbverzichte als solche nichtig seien, und der Vertrag erst durch den vom kanonischen Recht eingeführten Eid Wirksamkeit erlange. Nun argumentierte man so: Der Erbverzicht ist und bleibt nichtig. Wenn also der zwischen dem Erblasser und dem künftigen Erben geschlossene Vertrag Wirkungen äußert, so sind dies nicht Wirkungen des Verzichtes, sondern des Eides. Der Eid aber erzeugt lediglich ein „vinculum religionis“[14]), eine obliga-

[9]) Vgl. den Satz: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

[10]) So treffend Hasse, S. 162. Vgl. auch ebenda S. 152.

[11]) Vgl. Glück, VII S. 131, 132 und dagegen die Ausführungen bei Mühlenbruch, 35 S. 265 ff.

[12]) Zit. nach Beseler, II, 1 S. 121.

[13]) Vgl. Kap. 2 de pactis in 6to bei Beseler, II, 1 S. 121 Anm. 2.

[14]) Vgl. Stryk, Diss. 8 Kap. 10 § 100. Vgl. auch Franke, S. 217.

torische Verpflichtung zur Erfüllung des in dem Vertrage gegebenen Versprechens, beim Erbfalle das Erbrecht nicht geltend machen zu wollen. So gelangte man auch auf diesem Wege zu der obligatorischen, durch die Delation an den Verzichtenden bedingten Wirkung des Erbverzichts. Diese Ansicht ist konsequent, aber unhistorisch. Denn nicht erst durch den vom kanonischen Recht eingeführten Eid wurden die vorher nichtigen Erbverzichte dem Rechtsverkehr dienstbar gemacht. Der Eid bedeutet nur eine Vermittelung zwischen dem in der Praxis bereits vorhandenen Institut und der Theorie des römisch-gemeinen Rechts. Ja, der Eid ist um so weniger selbständiger und alleiniger Verpflichtungsgrund aus einem an sich unwirksamen Geschäft, als „schon längst, bevor die Gültigkeit des Erbverzichtes in Zweifel gezogen wurde, es durchaus gewöhnlich gewesen war, den Erbverzicht durch Eid zu bestärken“[15]).

So sind die beiden Prämissen, aus denen man für das gemeine Recht eine obligatorische Wirkung des Erbverzichts herleiten wollte, als hinfällig erwiesen: Weder läßt sich diese Auffassung damit begründen, daß das römische Recht in gewissen Fällen den Erbverzicht als Unterart des pactum de non petendo kannte, noch ist die Behauptung gerechtfertigt, daß erst durch den Eid des kanonischen Rechts der Erbverzicht Anerkennung erfuhr.

Vielmehr muß die Frage nach der Wirkung des Erbverzichtes für den Verzichtenden seiner deutschrechtlichen Entwickelung gemäß beantwortet werden. Das fühlten einige Juristen schon lange, bevor durch Hasse und namentlich durch Beseler der Erbverzicht auch in der Theorie auf seine richtige Grundlage gestellt wurde, ohne allerdings diesen Gedanken bis in seine letzten Konsequenzen zu verfolgen. So sagt Wernher: „Quid ergo circa ejus modi pacta (hereditatis renunciativa) anxie laboramus aut ad scrupulosa Legum Romanarum scita recurrimus, ubi ex juris domestici principiis decisio in promptu est?“[16])

Beseler sieht in der Zustimmung der nächsten Erben zu Veräußerungen von Grundstücken, in der er die ersten An-

[15]) So Stobbe, § 313 Ziffer 4 S. 307. Vgl. auch Beseler, II, 2 S. 243 und die S 27 Anm. 3 und 4 d. A. zit. Urkunden, woraus sich andererseits ergibt, daß auch später noch unbeschworene Erbverzichte gültig sind.

[16]) Zit. nach Gruchot, II S. 396.

deutungen über den Erbverzicht überhaupt findet, „einen sicheren Anhaltspunkt für die Beurteilung des älteren deutschen Erbverzichts“[17]). Vor allem liest er aus diesen Geschäften bereits die unmittelbare Wirkung des Erbverzichts auf das Erbrecht heraus. In dieser historischen Begründung vermag ich ihm nicht zu folgen. Vielmehr glaube ich[18]), daß in der Zustimmung der nächsten Erben zur Veräußerung eines Grundstücks ein Erbverzicht nicht zu finden ist. Den Grund hierfür möchte ich darin sehen, daß jeder Erbverzicht notwendigerweise eine Wirkung auf die Erbfolgeordnung äußert. Allerdings ist es nicht nötig, daß der Verzichtende völlig von der Erbfolge ausgeschlossen wird, und ein neuer Erbe an seine Stelle tritt: Ich erinnere an den partiellen Erbverzicht[19]). Aber auch der partielle Erbverzicht hat die Wirkung, daß ein anderer, der sonst nicht berufen wäre, überhaupt Erbe wird oder daß der Erbteil eines bereits berufenen Erben eine Erweiterung erfährt. Beseler selbst sagt II, 2 S. 253: „indem das Erbrecht des Renunzianten durch den Verzicht erlischt, tritt ein anderer Erbe an seine Stelle“.

Diese Wirkung fehlt dem Verzicht auf das Revokationsrecht, er ändert nur den Umfang des künftigen Nachlasses, nicht die Ordnung der Erbfolge, wie ich an Stelle der von Hofmann, S. 655 Anm. 20 gebrauchten Worte „nicht die Person des Erben“ lieber sagen möchte.

Den Verzicht auf das Revokationsrecht kann man also nicht heranziehen, um die unmittelbare Wirkung des Erbverzichtes auf das Erbrecht des Verzichtenden historisch zu begründen[20]).

In § 1 habe ich die Entwickelung des Erbverzichtes aus und mit der Absonderung darzustellen versucht. Hier muß man m. E. anknüpfen, um die unmittelbare Wirkung des Erbverzichtes auf das Erbrecht des Verzichtenden historisch zu begründen.

[17]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 224, 221.

[18]) Ebenso Albrecht, S. 347, 348. Stobbe, § 313 Anm. 2 S. 302. Hofmann bei Grünhut, S. 655 Anm. 20. von Gerber-Cosack, § 311 Anm. 1 a. E. S. 543.

[19]) s. S. 47 d. A.

[20]) Die Ähnlichkeit in der Form zwischen beiden Geschäften, auf die Beseler II, 2, S. 222 ff. aufmerksam macht, erklärt sich daraus, daß die von den Erben vorgenommene Auflassung, durch die sie den Verzicht auf das Beispruchsrecht bekundeten, ebenso wie der Erbverzicht eine Spielart des Verzichtes im allgemeinen ist und dessen Form unterliegt.

Wir haben gesehen, wie früher die Abschichtung aus der Hausgemeinschaft dem auf die Hausgenossenschaft gegründeten Anrecht der Erben an dem Hausvermögen die Grundlage entzogen und demgemäß das Erbrecht absolut aufgehoben hat; wie ferner die Abschichtung diese notwendige Wirkung verlieren mußte, als das Erbrecht von der Hausgenossenschaft unabhängig wurde. Indem nun der Erbverzicht die Funktion übernahm, die bisher von der Absonderung erfüllt worden war, hob er das Erbrecht ebenso unmittelbar auf wie einst die Abschichtung.

Dieser der historischen Entwickelung und dem Zweck des Erbverzichtes entsprechenden absoluten Wirkung haben Hasse und vor allem Beseler im gemeinen Recht Anerkennung verschafft. Historisch unrichtig ist also die Darstellung Hartmanns auf Seite 67, 68 Anm. 1. Er scheint anzunehmen, daß Hasse und Beseler dem Erbverzicht die absolute Wirkung erst beigelegt haben, und daß früher der Erbverzicht nur als obligatorisches Geschäft bestand. In der Theorie allerdings. Aber „wäre das immer die wahre Natur des Geschäftes, was die Gelehrten irgend einer Zeit dafür ausgeben, so stünde es überhaupt schlimm um die deutschrechtlichen Institute. Die Theorien über den Erbverzicht haben gewechselt, nicht dessen innere Natur.“[21])

Durch die absolute Wirkung unterscheidet sich der Erbverzicht begrifflich scharf von dem Vertrage über die Erbschaft eines Dritten, der lediglich eine obligatorische Verbindlichkeit für die Kontrahenten erzeugt.

Die richtige Anschauung von der unmittelbaren Wirkung des Erbverzichtes hat sich auch in der Mehrzahl der Partikularrechte Bahn gebrochen. So heißt es im Bayerischen Landrecht, das sich sehr ausführlich über den Erbverzicht ausläßt, Teil III Kap. 11 § 3: „Die vornehmste Wirkung eines Erbschaftsverzichtes besteht erstens in Ausschließung des Renunzianten von der Erbschaft.“ Der § 538 des österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches lautet: „ . . . . Hat jemand dem Rechte, etwas zu erwerben, überhaupt entsagt oder auf eine bestimmte Erbschaft gültig Verzicht getan, so ist er dadurch des Erbrechts überhaupt oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig

[21]) So Hofmann bei Grünhut, S. 650.

geworden.“ Aus den Vorschriften des A.L.R. spricht nicht mit Deutlichkeit, ob der Verzicht obligatorisch oder absolut wirkt. Teil 2 Tit. 2 § 357 bringt die absolute Wirkung zum Ausdruck: „Haben Kinder über ihr Erbrecht auf den Nachlaß verfügt . . .“ Dagegen wird nach Teil 1 Tit. 12 § 649 die Wirkung des Erbverzichtes als eine obligatorische, sich auf den künftigen Nachlaß erstreckende angesehen: „ . . . . Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt ist . . .“ Der Grund hierfür liegt darin, daß das Landrecht in diesen Vorschriften den obligatorischen Vertrag über die Erbschaft eines Dritten und den Erbverzicht nicht auseinander gehalten hat[22]). Daß aber die preußische Praxis die richtige Ansicht vertrat, folgt aus den E. d. Ob. Trib. Bd. 57 Nr. 7 S. 54: „ . . . Sie (die Vorschriften betreffend die Erklärungspflicht über Antretung oder Ausschlagung der Erbschaft) setzen einen geschehenen Erbanfall voraus, der hier (infolge des Erbverzichtes) an den Verklagten nicht stattgefunden hat.“ Dagegen findet sich die romanistische Auffassung der obligatorischen Wirkung auf den Nachlaß im c. c. Art. 791, der bekanntlich den Erbverzicht völlig verbietet.

Das B.G.B. endlich gibt der absoluten Wirkung des Erbverzichtes unzweideutigen Ausdruck in § 2346 Abs. 1 Satz 2: „Der Verzichtende ist von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht mehr lebte.“

Ebenso ist die Lehre von der obligatorischen Wirkung des Erbverzichtes auch für die Wissenschaft abgetan.

Die Auffassung der Wirkung des Erbverzichts als einer absoluten erlangte unbestrittene Herrschaft[23]).

§ 6.

Wird durch den Erbverzicht ein bereits vorhandenes Recht des Erben zerstört oder die Entstehung eines künftigen Rechts verhindert?

Die herrschende Meinung des gemeinen Rechts bejahte die erste Alternative. Diese Ansicht ist nun m. E. für das moderne gemeine Recht nicht mehr zutreffend. Allerdings kann man im

[22]) Ebenso Gruchot, II S. 393.

[23]) Vgl. u. a. Franke, S. 217; Mühlenbruch, 35 S. 268; Walter, P.R. § 437 S. 499; von Gerber-Cosack, § 311 Anm. 1 S. 543.

älteren deutschen Recht von einem bereits zu Lebzeiten des Erblassers bestehenden Anrecht auf das Hausvermögen sprechen. So sagt Gierke m. R.[1]): „. . . Ihr (der Erben) nunmehriges (beim Erbfall) Recht ist nur die Konsequenz ihres schon vorhanden gewesenen Anrechts." Ebenso bemerkt Albrecht: S. 329 treffend „Für ihn (den Erben) war der Nachlaß überhaupt nicht bloß der Gegenstand einer Hoffnung wie im römischen Rechte, sondern eines wirklichen Rechts, welches ihm nicht entzogen oder geschmälert werden durfte." Aber ebensorichtig ist es, wenn er auf derselben Seite ausführt: „Jene Ansicht von einem wirklichen Recht des gesetzlichen Erben auf den Nachlaß war es nun, welche das deutsche Recht in seiner späteren Entwicklung aufgab." Darum ist es nicht zutreffend, wenn die herrschende Meinung des gemeinen Rechts den Erbverzicht auf ein bei Lebzeiten des Erblassers bereits vorhandenes Recht bezieht, mag man dieses Recht nun als „Erbrecht" oder „Beerbungsrecht"[2]), mag man es als „Hoffnungsrecht"[3]), als „Recht auf ein zukünftiges Erbrecht"[4]) oder als „Wartrecht"[5]) bezeichnen. Denn weder im gemeinen Recht noch im B.G.B. besteht zu Lebzeiten des Erblassers irgend ein Recht des Erben. Auch der Noterbe macht keine Ausnahme[6]), und ebensowenig der durch Erbvertrag eingesetzte Erbe. Darum kann ich Albrecht nicht beipflichten, wenn er sich darauf beschränkt, zu betonen, daß das gesetzliche Erbrecht beim Leben des Erblassers noch gar nicht als ein wirkliches existiere, im Gegensatz dazu aber der Ansicht Ausdruck gibt, daß durch den Verzicht des Vertragserben allerdings ein bereits erworbenes Recht aufgegeben werde[7]). Allerdings wurde durch die Vergabungen von Todes wegen, aus denen sich die Erbverträge entwickelt haben, ein jus quaesitum bereits zu Lebzeiten des Erblassers begründet. Aber infolge der Umgestaltung, die das Erbrecht und mit ihm auch die Erb-

[1]) In der Z. f. R.G., Bd. 12 S. 484

[2]) So Hasse, S. 202, 200; Franke, S. 217, 218; Beseler, II, 2 S. 234, 257o, 258; Unger, § 30 S. 128.

[3]) Wieder Beseler, II, 2 S. 248; II, 1 S. 305, 306.

[4]) So von Gerber-Cosack, § 311 S. 543 Anm. 1.

[5]) So Bluntschli, § 243, 1 S. 720.

[6]) So treffend E. d. R.G., VIII S. 147 und 148o.

[7]) So Albrecht, S. 348 u., ebenso Stobbe, § 314 S. 310 Anm. 7.

verträge durch die Rezeption des römischen Rechts erfahren haben, haben diese sich derartig von ihrem Ausgangspunkt entfernt, daß man zu ihrer Erklärung im modernen gemeinen Recht nicht mehr auf ihre historischen Anfänge zurückgreifen kann[8]). Vollends im B.G.B. kann von einem durch den Erbvertrag bei Lebzeiten des Erblassers erworbenen Erbrecht nicht die Rede sein[9]).

In welcher Wirkung sollte sich auch die Existenz dieses Rechtes zeigen? Der Testamentserbe und der gesetzliche Erbe, der nicht pflichtteilsberechtigt ist, scheiden von vornherein aus. Ihre Eigenschaft als Erben hängt völlig von der Willkür des Erblassers ab. Darum verneint auch Beseler, konsequent seiner Auffassung, daß durch den Erbverzicht ein vorhandenes Recht zerstört werde, in seinen Erbverträgen II, 2 S. 234, 235 die Möglichkeit eines Verzichts auf das testamentarische Erbrecht[10]). Wenn er aber in seinem Privatrecht § 145 IV S. 664 den Verzicht auf das testamentarische Erbrecht für zulässig hält, so steht das im Widerspruch zu seiner Grundanschauung von der Wirkung des Erbverzichts für den Verzichtenden.

Ebenso kann der durch Erbvertrag berufene Dritte jederzeit durch Vertrag zwischen den Parteien des Erbvertrages seiner Anwartschaft beraubt werden. Und entspricht denn dem „Recht“ des Pflichtteilsberechtigten und des Vertragserben zu Lebzeiten des Erblassers irgend eine Pflicht, ist eine Verletzung ihres „Rechtes“ und eine Reaktion dagegen möglich? Der Erblasser ist in der Testierfreiheit nicht im geringsten beschränkt. Er kann durch Testament ohne Rücksicht auf den Pflichtteilsberechtigten und den Vertragserben über seinen ganzen Nachlaß verfügen. Wäre ein gegenwärtiges Recht der beiden vorhanden, so würde dies hierdurch verletzt, und es müßte ihnen auch zu Lebzeiten des Erblassers eine Klage zustehen. Das Testament ist aber gültig und bleibt auch gültig, wenn der Pflichtteilsberechtigte oder Vertragserbe vor dem Erbfall stirbt, verzichtet oder der Erbvertrag aufgehoben wird[11]). Erst mit dem Augenblick des Todes entsteht ein Erbrecht[12]).

[8]) Vgl. Hellwig, § 78 A S. 597.
[9]) Vgl. Hellwig, a. a. O.
[10]) Ebenso Unger, § 30 Anm. 7 S. 130 o.
[11]) Vgl. Hellwig, S. 598.

Erst mit diesem Zeitpunkt entstehen auch, wie früher die querela inofficiosae donationis et dotis, so jetzt die Pflichtteilsansprüche und die Ansprüche aus §§ 2287, 2288 B.G.B.[13]). Wollte man also ein bereits vor dem Tode des Erblassers vorhandenes Recht des Erben annehmen, so würde sich dessen Bedeutung schließlich darauf beschränken, daß es nur hervorgerufen ist, um durch Verzicht aus der Welt geschafft werden zu können. Wenn aber zur Zeit des Abschlusses des Verzichtsvertrages nur von einer Anwartschaft des künftigen Erben, nicht von einem Rechte die Rede sein kann, das unmittelbar durch den Erbverzicht zerstört würde, so spitzt sich unsere Frage darauf zu: Worin äußert sich denn die absolute Wirkung des Erbverzichts? Ja, ist ein Verzicht auf ein noch nicht vorhandenes Recht überhaupt denkbar? Die letzte Frage glaube ich nun unbedenklich bejahen zu können. Der juristische Sprachgebrauch versteht unter Verzicht nicht nur den Verzicht auf ein erworbenes Recht, sondern auch auf den Erwerb eines Rechtes[14]). Denn von vornherein setzt das Recht dem Privatwillen keine Schranke, sich mit rechtlicher Wirkung auch für solche Rechte zu äußern, die erst künftig entstehen, ja, deren Entstehen auch für die Zukunft nur als möglich bezeichnet ist[15]).

[12]) S. z. B. österreich. B.G.B. 1252: „Das Recht, welches daraus entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus."

[13]) Aus den Bestimmungen der §§ 2287, 2288 B.G.B. läßt sich nicht etwa der Schluß ziehen, daß dennoch bereits zu Lebzeiten des Erblassers ein Recht des Vertragserben vorhanden sei, dessen Geltendmachung durch den Tod des Erblassers bedingt werde. Der hier zum Ausdruck gebrachte Gedanke stellt sich vielmehr als ein Ausfluß des Grundsatzes dar, daß die Rechtsordnung einem Mißbrauch der in die Hand des einzelnen gelegten Rechtsbefugnisse selbst dann entgegenzutreten hat, wenn ein fremdes Recht hierdurch nicht verletzt wird. Vgl. §§ 226, 826 B.G.B.

Der von Planck-Ritgen, Anm. 2 b zu § 2287 (vgl. auch Motive S. 330 u.) vertretenen Auffassung, wonach außerdem unter Umständen gegen den Erblasser noch ein Anspruch aus § 826 B.G.B. möglich sein solle, kann ich mich nicht anschließen. Die §§ 2287, 2288 bringen zum Ausdruck, in welchen Fällen das im § 826 ausgesprochene Prinzip auf Verfügungen des Vertragserblassers unter Lebenden Anwendung findet, und schließen daneben eine Heranziehung des § 826 aus; sonst wäre ihre Bedeutung gegenüber den weitergehenden Ansprüchen aus § 826 schlechterdings unerfindlich.

[14]) Vgl. Windscheid-Kipp, I S. 274; Dernburg, I, 1 § 83 S. 189; Regelsberger I, S. 451; Cohn bei Gruchot, S. 251 a. A.; Meißels, S. 2.

Der Bedeutung, die der juristische Sprachgebrauch mit dem Begriff des Verzichtes verbindet, widerspricht es also keineswegs, wenn man in dem Erbverzicht den Verzicht auf den Erwerb eines Erbrechtes sieht. Aber führt diese Annahme nicht wieder zu der obligatorischen, jetzt durch den Erwerb des Erbrechtes wie einst durch den Erwerb des Nachlasses bedingten Wirkung? Allerdings scheint es mir, als ob Albrecht in Wirklichkeit noch der alten Ansicht anhängt, wenn er S. 349 sagt, die Stellung des renunziierenden Noterben sei die, daß seine Ansprüche nur ope exceptionis beseitigt werden, und daß sich das Geschäft von der Ausschlagung einer deferierten Erbschaft nur durch seinen eventuellen Charakter unterscheide.

Jedoch läßt sich die absolute Wirkung des Erbverzichtes sehr wohl damit vereinen, daß ein Erbrecht zur Zeit des Verzichtes noch gar nicht besteht. Allerdings zeigt sie sich nicht darin, daß etwa durch den Erbverzicht die Grundlage zerstört werde, auf der die künftige Berufung ruht. Ein Zerschneiden des verwandtschaftlichen Bandes, wie es in dem „se tollere de parentilla“ des salischen Rechtes[16]) lag, ist dem modernen Empfinden fremd[17]). Aber ebensowenig wie die Verwandtschaft oder die Eigenschaft als Ehegatte, aus denen das künftige gesetzliche Erbrecht folgt, ebensowenig wird durch den Erbverzicht m. E. der Erbvertrag oder das Testament aufgehoben, auf denen die künftige Berufung als testamentarischer oder vertragsmäßiger Erbe beruht[18]). M. E. wirkt der Erbverzicht niemals zerstörend, weder auf ein Erbrecht, weil von einem solchen zu Lebzeiten des Erblassers nicht die Rede sein kann, noch auf die Grundlage der Berufung. Der Erbverzicht hindert lediglich die künftige Berufung, die Entstehung des Erbrechtes im Augenblicke des Erbfalls. Er wirkt absolut, insofern der Verzichtende infolge des Verzichtes nicht

[15]) Wenn in einzelnen Fällen Rechtsgeschäfte und im besonderen Verzichte, die zukünftige Rechte betreffen, ausgeschlossen sind, so sind dies Ausnahmen, die ihren Grund nicht in allgemeinrechtlichen, sondern wirtschaftlichen und sittlichen Bedenken finden. Vgl. z. B. l. 27 § 3 D. de pactis 2, 14; B.G.B. §§ 1614 und 1714 Abs. 2.

[16]) Vgl. l. Sal. Tit. 60.

[17]) So schon l. 34 D. de pactis 2, 14.

[18]) A. A. Hofmann bei Grünhut, S. 663, 664. Zustimmend für den Erbvertrag: Hellwig, S. 634 o.

Erbe werden kann. Es handelt sich für ihn nicht etwa darum, einer Verpflichtung nachzukommen, die deferierte Erbschaft auszuschlagen; wenn er beim Erbfalle doch Ansprüche auf die Erbschaft macht, so braucht er nicht mit einer exceptio pacti de non petendo zurückgewiesen zu werden; er kann gar nicht „kontraktbrüchig" werden; eine derartige Handlung wäre „ein Schlag ins Wasser", wie Hofmann a. a. O. sehr richtig bemerkt. Die Sachlage wäre genau so, wie wenn irgend eine andere beliebige Person, die kein Erbrecht hat, im Erbfalle auf die Erbschaft Ansprüche machte. Infolge des Verzichtes ist die Entstehung eines Erbrechtes absolut verhindert. Dies gilt für den Verzicht auf das vertragsmäßige und testamentarische Erbrecht in gleicher Weise wie für den auf das gesetzliche Erbrecht. Wenn Hartmann und Unger[19]) annehmen, daß ein Erbverzicht auf das vertragsmäßige Erbrecht nur die Unwiderruflichkeit der vertragsmäßigen Verfügung aufhebe, die Anwartschaft aber nicht berühre, so ist dies m. E. unrichtig. Diese Ansicht, der die Auffassung des Erbvertrages als einer letztwilligen Verfügung, verbunden mit einem Verzicht auf die Widerruflichkeit, zugrunde liegt, erklärt sich bei Hartmann aus seiner ganzen Stellung zum Erbverzicht, die, wie § 5 S. 35 d. A. angedeutet, historisch unrichtig ist. Dagegen erscheint es willkürlich, wenn Unger einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht die Wirkung einer Ausschließung des Erbrechts zuschreibt, durch den Verzicht auf das vertragsmäßige Erbrecht aber nur die Widerruflichkeit der letztwilligen Verfügung wieder hergestellt wissen will.

Auch der Zulässigkeit eines Verzichtes auf die testamentarische Erbschaft stehen bei dieser Auffassung von der Wirkung des Erbverzichtes auf das Erbrecht des Verzichtenden theoretische Bedenken nicht mehr entgegen. Daß ein solcher Erbverzicht auch einige praktische Bedeutung hat, werden wir bei der Frage nach der Wirkung des Erbverzichtes für den Erblasser erkennen[20]).

Wie man die Ansicht, daß durch den Erbverzicht die Entstehung des künftigen Erbrechts gehindert werde, schon für

[19]) So Hartmann, S. 67, 68 Anm. 1; Unger, § 30 Anm. 7 S. 130.

[20]) Für die Zulässigkeit des Verzichtes auf das testamentarische Erbrecht im gemeinen Recht Beseler, P.R. § 145 IV S. 664, Stobbe, § 311, 2 S. 311, Pfaff-Hofmann, S. 43, s. auch Bayr. L.R. III, 11, 4 Nr. 1.

das moderne gemeine Recht vertreten muß[21]), so auch für das B.G.B.[22]). Auch nach B.G.B. wird durch den Erbverzicht die Entstehung des Erbrechts gehindert, mag dieses auf Gesetz oder auf einer Verfügung von Todes wegen beruhen (§ 2346, 2352 Satz 1). Allerdings ergibt sich eine Abweichung vom gemeinen Recht aus der positiven Vorschrift des § 2352 Satz 2, wonach nur der in einem Erbvertrag zum Erben eingesetzte Dritte, dagegen nicht der andere Vertragschließende auf sein vertragsmäßiges Erbrecht verzichten kann[23]).

Der Streit, ob durch den Erbverzicht die Entstehung eines künftigen Erbrechts verhindert oder ein vorhandenes zerstört wird, ist kein müßiges Spiel mit Worten. Die praktische Konsequenz zeigt sich bei der Aufhebung des Erbverzichtes. In diesem Falle müssen Beseler und alle, die ihm folgen, außer der

[21]) Ebenso Stobbe, § 314 S. 310, 311 o. Allerdings nicht für das vertragsmäßige Erbrecht; vgl. Anm. 7 S. 310.

[22]) Vgl. Motive V S. 476. Planck-Ritgen, Anm. 1 zu § 2351 S. 639. Endemann, § 64, 2 S. 275.

[23]) Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß ein Erbverzichtsvertrag zwischen den beiden Kontrahenten des Erbvertrages den gleichen Inhalt haben würde wie ein Aufhebungsvertrag nach § 2290. Der Unterschied zwischen beiden bestände lediglich darin, daß sich beim Aufhebungsvertrag der Vorgang juristisch in der Weise abspielen würde, daß der Erblasser durch Vertrag mit dem anderen Kontrahenten seine Verfügung von Todes wegen aufhebt, während beim Erbverzichte der andere durch Vertrag mit dem Erblasser auf sein Erbrecht aus der Verfügung des Erblassers von Todes wegen verzichtet. Nun sind aber die für den Aufhebungsvertrag geltenden Formvorschriften von denen des Erbverzichtes verschieden, da es sich dort um eine Verfügung des Erblassers, hier um eine solche des Erben handelt. So muß der Aufhebungsvertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Richter oder Notar geschlossen werden (vgl. § 2290 Abs. 4 in Verbindung mit § 2276), der Erbverzichtsvertrag nicht (dies folgt aus §§ 2352, 2348, 128, 152 B.G.B.). Insbesondere aber ist bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers der Abschluß eines Aufhebungsvertrages durch einen Vertreter nicht möglich, während die §§ 2352, 2347 Abs. 2 die Vertretung für den Erbverzicht zulassen. Hätte nun der Gesetzgeber den Erbverzichtsvertrag zwischen den beiden Kontrahenten des Erbvertrages gestattet, so würden die inhaltlich gleichen Verträge, je nachdem die Parteien die eine oder die andere Konstruktion zugrunde gelegt hätten, bald zulässig sein, bald nicht.

Um eine derartige ungleichmäßige Behandlung zu vermeiden, ist der Erbverzichtsvertrag zwischen den beiden Kontrahenten des Erbvertrages ausgeschlossen worden. Vgl. Küntzel, S. 610, 611.

Aufhebung des Erbverzichtes eine neue Einsetzung des Verzichtenden zum Erben fordern[24]).

Denn da nach ihrer Ansicht das Erbrecht durch den Erbverzicht zerstört worden ist, so lebt dieses Recht nicht dadurch wieder auf, daß das zerstörende Moment aus der Welt geschafft wird, sondern nur durch eine Erneuerung des Rechtes selbst. Wenn also mit der Aufhebung des Erbverzichtes nicht gerade ein Erbeinsetzungsvertrag verbunden ist, was überall dort eo ipso ausgeschlossen ist, wo für den Erbeinsetzungsvertrag strengere Formvorschriften bestehen als für den Erbverzicht, so bedarf es außer der Aufhebung des Erbverzichtsvertrages noch einer neuen Erbeinsetzung. Daß dieses Ergebnis ein praktisch sehr erfreuliches ist, wird wohl niemand behaupten wollen, da hier der einzige Zweck, den die Aufhebung des Erbverzichtes verfolgt, die Neuberufung des Verzichtenden zur künftigen Erbfolge, durch die Aufhebung des Erbverzichtes nicht erreicht wird. Nach der hier vertretenen Ansicht dagegen wird durch die Aufhebung des Erbverzichtes das Hindernis beseitigt, das der Verwirklichung des Erbrechts entgegenstand, so daß nunmehr im Erbfalle die Berufung wirksam erfolgt, ohne daß es hierzu einer besonderen Verfügung bedürfte. Hofmann vergleicht mit Rücksicht hierauf die Wirkung des Verzichtes auf das gesetzliche Erbrecht zutreffend mit der Enterbung durch Testament[25]. Auch sie stellt sich als ein Hindernis für die Verwirklichung des gesetzlichen Erbrechtes dar, mit dessen Hinwegräumung die Anwartschaft auf das gesetzliche Erbrecht wieder hervortritt. Das gleiche gilt nach der hier vertretenen Ansicht für den Verzicht auf das vertragsmäßige und das testamentarische Erbrecht. Auch hier hindert der Erbverzicht ja nur die Entstehung des Erbrechts, läßt aber das Testament oder den Erbvertrag in ihrem Bestande unberührt. Daher wird bei einer Aufhebung des Erbverzichtes auch in diesen Fällen der frühere Berufungsgrund wieder wirksam. Auch hierfür findet sich im Testamentsrecht eine Analogie: der Widerruf des Testaments durch Testament. Durch diesen Widerruf wird das Testament juristisch nicht vernichtet, und

[24]) So Beseler, II, 2 S. 257 und 258; ebenso Unger, § 30 Anm. 10 a. E.
[25]) So Hofmann bei Grünhut, S. 660, 661.

es erlangt wieder völlige Gültigkeit, wenn das in dem Widerruf durch Testament liegende Hindernis auf irgend eine Art beseitigt wird[26]).

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist, daß der Erbverzicht nach gemeinem Recht wie nach B.G.B. die Entstehung des künftigen Erbrechts verhindert, gleichgültig, auf welchen Berufungsgrund das Erbrecht sich stützt, daß dagegen von der Erzeugung einer Verpflichtung durch ihn schlechterdings nicht die Rede sein kann. Hieraus folgt, daß auf einen gegen eine Abfindung geschlossenen Erbverzicht die Vorschriften über synallagmatische Verträge, in denen es sich um gegenseitige Verpflichtungen handelt, keine Anwendung finden können[27]). Der Abfindungsvertrag steht vielmehr als selbständiger Vertrag neben dem Erbverzichtsvertrag. Praktisch und historisch unhaltbar erscheint es aber, wollte man diesen Gedanken so weit treiben, daß man annimmt, der materielle Anlaß des Erbverzichtsvertrages sei für seine Wirkung bedeutungslos, so daß durch die Unwirksamkeit des Abfindungsvertrages der Erbverzicht regelmäßig nicht beeinflußt werde[28]). Die Wirksamkeit des einen Vertrages ist im Zweifel als durch die des anderen bedingt anzusehen und wird hinfällig, wenn dieser nicht zustande kommt[29]). Ist eine derartige Abhängigkeit des Erbverzichtes von der Abfindung ausnahmsweise nicht vorhanden, so kann noch eine Anfechtung des Erbverzichtes wegen Irrtums, Betruges oder Drohung nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. §§ 121, 124, 142 ff. B.G.B.) in Frage kommen[30]).

[26]) Vgl. Windscheid-Kipp für das römische Recht, in dem dies allerdings nur beschränkt galt, § 565 S. 300 bei Anm. 7. A.L.R. I Tit. 12 § 582. Öst. B.G.B. § 723. B.G.B. § 2257.

[27]) Dasselbe gilt von einem wechselseitigen Erbverzicht. Vgl. Planck-Ritgen, Vorbem. 2 vor § 2346 S. 633, a. A. Mot. V S. 476.

[28]) So Planck-Ritgen, a. a. O. Dagegen siehe auch Strohal, S. 539 Anm. 35.

[29]) Übereinstimmend Dernburg, B.R. Bd. V § 104 S. 289 Ziffer III, vgl. auch ebenda S. 269.

[30]) Den Ausführungen von Strohal, § 59 S. 539, 540 Anm. 36, der hier Bestimmungen über die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung zur analogen Anwendung bringen will, steht m. E. die grundsätzliche Verschiedenheit und im Gesetz konsequent durchgeführte Trennung des Erbverzichts von den Verfügungen von Todes wegen entgegen.

Gegen die Ansicht Endemanns, III § 64 S. 278 Ziffer 5, wonach der Verzichtende, wenn die Abfindung nicht geleistet wird, die Aufhebung

Die Wirkung des Erbverzichtes ist eine rein erbrechtliche. Damit haben wir auch das festgestellt, was man die juristische Natur des Erbverzichtes nennt[31]). Wenn die Frage, die uns eben beschäftigt hat, in den einschlägigen Werken bald unter die Rubrik „Wesen, Natur oder Inhalt des Erbverzichtes" gebracht, bald „als Wirkung des Erbverzichtes" behandelt wird, so erklärt sich dies daraus, daß „der Verzicht sowohl den Begriff des Verzichtens als das Ergebnis des letzteren deckt"[32]). Das Verzichten verhindert die Entstehung des gesetzlichen, testamentarischen, vertragsmäßigen Erbrechts. Der Erbverzicht als Ergebnis des Verzichtens hat die Verhinderung der Entstehung des Erbrechts zum Inhalt.

b) Im einzelnen.

§ 7.

Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht in seiner Wirkung auf das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden, und umgekehrt.

Der Hauptfall des Erbverzichtes ist sowohl nach der historischen Entwickelung wie nach der praktischen Bedeutung der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht. Hier sind wieder zwei Möglichkeiten denkbar: der Verzicht eines nicht Pflichtteilsberechtigten und eines Pflichtteilsberechtigten. Ist derjenige, der auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet hat, zugleich Pflicht-

des Verzichtsvertrages nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung verlangen könne, spricht m. E. in erster Linie, daß durch den Erbverzicht zu Lebzeiten des Erblassers ein Vermögensvorteil für niemanden begründet wird. Gegen Endemann s. auch Strohal, § 59 S. 540 Anm. 37, S. 528 Anm. 6.

[31]) Da der Erbverzicht keine Zuwendung aus dem Vermögen des Verzichtenden ist und dessen Vermögen nicht vermindert, so ist er, auch wenn er nicht gegen eine Abfindung erfolgt, weder Schenkung im Sinne des B.G.B. (§§ 516, 517) noch eine unentgeltliche Verfügung im Sinne der §§ 32 K.O. und 3 Ziffer 3 A.G. Übereinstimmend Strohal, S. 539 Anm. 34.

[32]) So Cohn bei Gruchot, S. 251. Dadurch, daß man das Wort „Verzicht" bald in dem einen, bald in dem anderen Sinne gebraucht, entstehen oft recht wunderliche Folgen. So behandelt Roth, III, 2 zahlreiche Fragen des Erbverzichtes doppelt, einmal unter der Rubrik „Inhalt des Verzichts", dann unter der Rubrik „Wirkung des Verzichts". S. dort S. 84 ff. in Verbindung mit S. 87 ff.

teilsberechtigter, so ergibt sich zunächst die Frage: Welche Wirkung hat dieser Verzicht auf das Pflichtteilsrecht des Verzichtenden?

Im gemeinen Recht ist der Pflichtteil pars portionis ab intestato, d. h. Teil der Portion, welche der Pflichtteilsberechtigte als gesetzlicher Erbe erhalten würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre[1]). Voraussetzung für das Pflichtteilsrecht ist also, daß der Pflichtteilsberechtigte ohne die ihn ausschließende Verfügung von Todes wegen zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde. Hat jemand aber auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet, so käme er, wenn eine letztwillige Verfügung nicht vorläge, als Intestaterbe nicht in Betracht; und da der Pflichtteilsanspruch auf dem gesetzlichen Erbrecht beruht, so entfällt er auch, wenn ihm diese Grundlage entzogen wird[2]).

Zu demselben Ergebnis gelangen wir nach B.G.B. Hier spricht es § 2346 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich aus, daß der auf sein gesetzliches Erbrecht Verzichtende kein Pflichtteilsrecht hat. Aber selbst ohne diese Bestimmung würden wir zu demselben Resultat kommen, weil auch nach B.G.B. § 2303 das Pflichtteilsrecht auf dem gesetzlichen Erbrecht beruht. Nach gemeinem Recht und nach B.G.B. wird also durch den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht implicite auch die Entstehung des Pflichtteilsrechts verhindert[3]).

Hieran knüpft sich sogleich eine weitere Frage: Ist diese Wirkung des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht absolut oder dispositiv, d. h. kann durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts verzichtet werden?

Die Frage ist im gemeinen Recht, soweit ich es beurteilen konnte, ausdrücklich überhaupt nicht aufgeworfen worden. Mit gutem Grunde!

[1]) Vgl. z. B. l. 8 § 6 D. de inoff. test. 5, 2. Vgl. auch Dernburg, III § 149 S. 293 Ziff. 2.

[2]) Vgl. Seuffert, XX Nr. 150 S. 236: „Da mit dem Intestaterbrecht zugleich die juristische Grundlage aller Pflichtteils- und Noterben-Berechtigungen wegfällt, so kann von dem Fortbestande dieser letzteren Berechtigungen nach einem gültig abgeschlossenen Erbverzichte nicht die Rede sein".

[3]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 246, 247 Ziff. III, 1*a*. Gengler, Lehrbuch S. 1504 Nr. 3.

Für das B.G.B. Planck-Ritgen, Anm. 3a zu § 2303 S. 566.

Tatsächlich wäre ein vollständiger Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts, d. h. eines Teiles des gesetzlichen Erbrechts, eine contradictio in adjecto. Aber eben weil im gemeinen Recht der Pflichtteil eine pars portionis ab intestato ist, so wäre es verfehlt, hier überhaupt von einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts zu reden, Erbrecht und Pflichtteilsrecht in Gegensatz zueinander zu bringen. Löst man das Pflichtteilsrecht auf in das, was es im gemeinen Recht ist, so handelt es sich hier einfach um einen partiellen Erbverzicht, und ein solcher ist zulässig[4]).

Anders stellt sich unsere Frage nach B.G.B. dar, da hier der Pflichtteil kein Teil der Erbportion, sondern ein Wertanspruch ist, und ebenso wie hier ist sie dort zu behandeln, wo diese Auffassung des Pflichtteils partikularrechtlich vor dem B.G.B. bestand, z. B. im A.L.R. und im österreichischen B.G.B.

Die Motive V S. 472 bejahen unsere Frage lakonisch: „Daß das Gegenteil (d. h. Vorbehalt des Pflichtteilsrechts beim Verzicht auf das Erbrecht) im Vertrage bestimmt werden kann, versteht sich von selbst.[5])“ Abgesehen davon, daß diese Ansicht mit der Natur des auf dem Erbrecht beruhenden Pflichtteilsrechts in unlösbarem Widerspruch steht, möchte ich vor allem die Annahme zurückweisen, daß „das praktische Bedürfnis die Zulassung eines in dieser Art beschränkten Erbverzichts erfordere“[6]).

Wenn der pflichtteilsberechtigte Erbe zur Hälfte seines normalen gesetzlichen Erbteils Erbe werden will, so mag er einen partiellen Erbverzichtsvertrag mit dem Erblasser schließen. Ein solcher ist nach B.G.B. ebenso zulässig wie nach gemeinem Recht[7]). Soll aber der pflichtteilsberechtigte Erbe nur seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen dürfen, so liegt ein praktisches Bedürfnis für einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht unter Vorbehalt des Pflichtteilsrechts selbst dann nicht vor,

[4]) Vgl. z. B. Pfaff-Hofmann, S. 41, 3.

[5]) Ebenso apodiktisch äußert sich Böhm, S. 243. Ausführlich sprechen sich Strohal, S. 535, 536 und Planck-Ritgen, Anm. 2b zu § 2346 S. 635 in dem gleichen Sinne aus.

[6]) Planck-Ritgen, a. a. O.

[7]) So die Mot. V S. 480 selbst.

wenn z. B. der geschäftsunfähige Erblasser diesen Erfolg durch Verfügung von Todes wegen nicht erreichen könnte. Denn denselben Zweck erzielt man, indem man einen Verzichtsvertrag auf das gesetzliche Erbrecht und ferner einen Vertrag über eine dem Pflichtteilsanspruch entsprechende Abfindung schließt, die beim Tode des Erblassers auszuzahlen ist. Wenn man mit dem theoretischen Bedenken also die praktische Bedeutungslosigkeit eines derartigen Verzichtes vergleicht, so glaube ich, daß es wirklich „nicht mehr formalistisch als sachlich gedacht ist", wie Strohal S. 535 behauptet, falls man annimmt, daß ein Erbverzicht niemals das gesetzliche Erbrecht aufheben, das Pflichtteilsrecht als Wertanspruch aber bestehen lassen kann[8]).

Dagegen ist nach gemeinem Recht wie nach B.G.B. die umgekehrte Wirkung durch einen Erbverzicht allerdings zu erreichen. Man kann auf das Pflichtteilsrecht unter Vorbehalt des gesetzlichen Erbrechts verzichten.

Im früheren gemeinen Recht hielt man allerdings einen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht für unzulässig[9]), jedoch mit Unrecht; denn da man den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht anerkannte, so durfte man auch dem Verzicht auf das Pflichtteilsrecht keine Bedenken mehr entgegentragen: Hat doch der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, wie wir eben gesehen haben, notwendigerweise auch den Ausschluß des Pflichtteilsrechts zur Folge. Kann man aber auf sein gesetzliches Erbrecht und sein Pflichtteilsrecht verzichten, so muß man auch einen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein für wirksam erklären[10]).

Die Wirkung eines Verzichtes auf das Pflichtteilsrecht allein für den Verzichtenden ist die, daß ihm keine erbrechtlichen An-

[8]) Wie hier im Ergebnis auch Dernburg, B.R. V S. 288 Anm. 2; Endemann, III § 64 Anm. 27 S. 276, der ganz mit Recht hervorhebt, daß auch der Wortlaut des § 2346 für die hier vertretene Ansicht spricht; Staudinger-Herzfelder, S. 720 Anm. 2 zu § 2346 und S. 721 Anm. 4a.

[9]) So Glück, VII § 560 S. 473 ff.

[10]) Vgl. Seuffert, XX Nr. 150 S. 236; auch die neue gemeinrechtliche Wissenschaft spricht sich ganz allgemein für die Zulässigkeit aus. Vgl. z. B. Franke, S. 319, 320; Mühlenbruch, 38 S. 75 ff.; Roth, III, 2 S. 84, vgl. dagegen die Vorschrift des bayr. L.R. III, 3 § 14 Nr. 5, die Mühlenbruch a. a. O. S. 75 mit Recht als „eine durchaus ungehörige Einmischung römischer Begriffe" bezeichnet.

sprüche zustehen, wenn der Erblasser ihn durch Verfügung von Todes wegen von der Sukzession ausgeschlossen hat, und der durch die Verfügung von Todes wegen Eingesetzte Erbe wird. Hinterläßt der Erblasser jedoch eine Verfügung von Todes wegen nicht, oder wird der durch die Verfügung von Todes wegen Eingesetzte nicht Erbe, z. B. weil er vor dem Erbfall stirbt, verzichtet, oder weil er nach dem Erbfall die Erbschaft ausschlägt, so wird der Verzichtende zur Intestaterbfolge berufen. Aber der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht hat für den Verzichtenden nicht nur Wirkungen, wenn der Erblasser mit Hinterlassung eines Testaments stirbt, und dies wird gemeinhin übersehen. Deshalb kann man den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht nicht als einen durch den Eintritt eines Testaments- oder Vertragserben bedingten Erbverzicht bezeichnen[11]). Das Anfechtungsrecht von freigebigen Zuwendungen nämlich, die querela inofficiosae donationis et dotis, hat der Pflichtteilsberechtigte auch, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, wenn er also zur gesetzlichen Erbfolge berufen wird: und zwar dann, wenn der Betrag seines Erbteils geringer ist, als es der Pflichtteil bei Einrechnung der Schenkung bzw. dos in den Nachlaß sein würde[12]). Dieses Anfechtungsrechts begibt sich der Verzichtende ebenfalls durch seinen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht.

Auch nach B.G.B. ist ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht unter Vorbehalt des gesetzlichen Erbrechts als eine besondere Art des Erbverzichtes zulässig (§ 2346 Abs. 2). Die Wirkungen dieses Verzichtes für den Verzichtenden entsprechen ganz denen, die wir für das gemeine Recht festgestellt haben. Weder gelangt der Pflichtteilsanspruch gegen den durch Verfügung von Todes wegen eingesetzten Erben zur Entstehung, noch hat der Verzichtende den Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils, sei es gegen den Erben (B.G.B. §§ 2325—2328), sei es gegen den Beschenkten selbst (B.G.B. 2329)[13]).

[11]) So Franke, S. 320 o.

[12]) Vgl. Dernburg, III § 156 S. 304, 305 Ziff. 2a: „Ob der Erblasser mit Hinterlassung eines Testamentes verstarb oder nicht, ist für diese Klage irrelevant".

[13]) Übereinstimmend Planck-Ritgen, Anm. 2a zu § 2346 S. 634.

§ 8.

Der Erbverzicht auf ein gesetzliches, vertragsmäßiges oder testamentarisches Erbrecht in seiner Wirkung auf eine auf anderem Grunde beruhende oder auf eine spätere Berufung.

Das bayr. L.R. sagt Teil 3 Kap. 11 § 3 Nr. 6: „Es versteht sich jedoch auch ein generaler Erbschaftsverzicht nur auf die Successionem ab intestato", und Teil 3 Kap. 11 § 4 Nr. 1 heißt es: „. . Soll man die Verzichte nicht ultra Expressa ausdehnen, folglich ist z. E. unter der Renunciatione Successionis Testamentariae die ab Intestato nicht verstanden et vicissim."[1])

Diese Auffassung des bayr. L.R. hat auch sonst im gemeinen Recht Anwendung gefunden. Andere gehen noch weiter und sprechen einem generellen Erbverzicht überhaupt jede Gültigkeit ab. Diese enge, am Worte klebende Auslegung des Erbverzichtes geht darauf zurück, daß die ältere gemeinrechtliche Doktrin aus dem römischen Recht den Satz herauszulesen glaubte, der Umfang eines Verzichts könne sich nie über den ausdrücklichen Wortlaut der Verzichtserklärung hinaus erstrecken, eine Auffassung, die in dem Satze gipfelte: „generalis renuntiatio non valet, nisi specialis aliqua praecedat"[2]).

Gewissermaßen als Reaktion gegen diese Engherzigkeit der romanistischen Doktrin finden sich namentlich bei deutsch rechtlichen Schriftstellern außerordentlich weitgehende Auslegungsregeln für den Umfang des Erbverzichtes, die aber ebenso wie jene die Rücksicht auf den Parteiwillen im besondern Fall ausschalten. So wird von manchen einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht stets die Wirkung beigelegt, daß er zugleich die durch vorangehende Verfügung des Erblassers begründete Anwartschaft ausschließe[3]). Von dieser extensiven Wirkung des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht will man dann wieder eine Ausnahme für die Sondererbfolge in Lehen- und Familienfideikommissen machen[4]).

[1]) Vgl. Kreittmayr, S. 895 Anm. 3 lit. f.

[2]) So heißt es in den Noten des Dionysius Gothofredus, zit. nach Dernburg, I, 1 § 83 S. 189 Anm. 13.

[3]) Vgl. Gengler, Lehrbuch S. 1504, Roth, III, 2 S. 88, A.L.R. I Tit. 12 § 652.

[4]) So Mittermayer, § 456 S. 581 Anm. 17, Gengler, Lehrbuch S. 1504 Anm. 5.

Alle diese Auslegungsregeln scheinen mir willkürlich und auch keineswegs durch die Natur des Erbverzichtes gefordert zu sein. Schon das römische Recht sieht in dem Verzicht kein lediglich nach dem Wortlaut zu interpretierendes Geschäft[5]). Der Verzicht im allgemeinen und ebenso der Erbverzicht erstreckt sich auf nicht mehr und nicht weniger, als die Parteien wollen. Es ist also lediglich eine Tatfrage, ob der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht das testamentarische und vertragsmäßige in sich begreift, und umgekehrt[6]).

Dieselbe Ansicht wird fast einstimmig für das B.G.B. vertreten[7]).

Insbesondere spricht also auch hier keine Vermutung dafür, daß der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht zugleich das auf einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen beruhende aufhebt. Ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, der das auf einer Verfügung des Erblassers beruhende wirksam läßt, hat für die Parteien praktische Konsequenzen[8]): Nach B.G.B. § 1948 kann der durch Verfügung von Todes wegen als Erbe Berufene, wenn er ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein würde, die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen. Hierdurch ist der Erbe in der Lage, Verfügungen des Erblassers, die nicht Vermächtnisse und Auflagen sind[9]), z. B. Anordnungen über die Auseinandersetzung unter den Erben, hinfällig zu machen. Eine derartige Möglichkeit wird durch den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht ausgeschlossen. Entsprechendes gilt dann, wenn jemand zugleich durch Vertrag und Testament berufen ist (B.G.B. § 1948 Abs. 2). Hier wird vor allem der Fall praktisch sein, daß jemand auf das vertragsmäßige Erbrecht verzichtet, so daß er nun nur noch als Testamentserbe berufen ist

[5]) Auch hier kommt die allgemeine Auslegungsregel der l. 219 D. de verb. signif. 50, 16 zur Anwendung, wonach „in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit“, vgl. l. 5 D. de transact. 2, 15 „. . . lites de quibus non est cogitatum . . .“, s. auch Dernburg, I, 1 S. 189 und die übrigen daselbst Anm. 12 zit. Stellen und Beseler, II, 2 S. 247 β.

[6]) Übereinstimmend Dernburg, pr. P.R. § 181 1 S. 524.

[7]) Vgl. z. B. Mot. V S. 473, Boehm, S. 243 Anm. 1; a. A. Cosack, § 409 V S. 857.

[8]) Vgl. auch das Beispiel S. 74, 75 d. A.

[9]) Vgl. hier die positive Vorschrift des Gesetzes B.G.B. §§ 2161, 2192.

und die etwa nur im Testament und nicht im Erbvertrag getroffenen Anordnungen zu erfüllen hat.

Wir haben bis jetzt gesehen, welche Wirkung ein Erbverzicht auf ein, auf einem anderen bereits vorhandenen Berufungsgrund beruhendes Erbrecht hat, und sind zu dem Ergebnis gelangt, daß es sich hier um eine Tatfrage handelt.

Ebenfalls in diesen Zusammenhang gehört die Frage, wie der Erbverzicht auf eine etwaige künftige, nach dem Erbverzicht eintretende Berufung einwirkt. Hier ist zweierlei zu unterscheiden: Ebenso wie in den übrigen Fällen, wo es sich um den Umfang der Wirkung des Erbverzichtes handelte, ist es quaestio facti, ob der Erbverzicht sich auch auf eine spätere, durch den Wegfall eines anderen Erben erlangte Anwartschaft beziehen soll[10]). Handelt es sich dagegen darum, ob der Verzicht auf das Erbrecht auch die künftige Neubegründung einer Anwartschaft durch Verfügung des Erblassers von Todes wegen verhindert, so muß dieses billiger Weise unter allen Umständen verneint werden. Die Verfügung des Verzichtenden, die in der Verhinderung der Entstehung seines Erbrechtes besteht, kann als mittelbare Folge wohl eine Erweiterung der Testierfreiheit des Erblassers zur Folge haben, aber keine Bindung desselben in der Weise, daß er durch Verfügung von Todeswegen den Verzichtenden nicht mehr zum Erben einsetzen kann[11]). Das

[10]) Übereinstimmend Dernburg, pr. P.R. § 181 I S. 525, für das B.G.B. Planck-Ritgen. Anm. 4 zu § 2346 S. 635. Strohal, § 59 S. 534 Anm. 24, will den Verzicht eines gesetzlichen Erben stets auch auf die durch den Wegfall eines Miterben eintretende Erweiterung des Erbteils, auf welchen verzichtet worden ist, erstrecken. Denn eine Erhöhung des gesetzlichen Erbteils im Sinne des § 1935 könne nur demjenigen zu statten kommen, der in Ansehung des zu erhöhenden Erbteils wirklich zum Erwerbe gelange. Dieser Argumentation kann ich mich nicht anschließen. Denn der Grund für die Erhöhung des Erbteils in § 1935 ist nicht das Vorhandensein eines gesetzlichen Erbteils, sondern die Eigenschaft als gesetzlicher Erbe. Diese wird durch den Erbverzicht aber nicht beseitigt. Wenn § 1935 die Betonung auf das Vorhandensein eines gesetzlichen Erbteils legt, so geschieht dies deswegen, weil hier das Verhältnis dieses Erbteils zu dem durch den Wegfall des Miterben hinzukommenden Erbteil geregelt werden soll. Dagegen wird durch § 1935 B.G.B. nicht erst das Recht der Sukzession des Erben in den Erbteil des weggefallenen Erben begründet.

[11]) So auch Kreitmayr, Anm. 4 c. z. bayr. L.R. III, 11 § 3 S. 897. Koch, § 82 V S. 878.

gesetzliche Erbrecht oder Pflichtteilsrecht des Verzichtenden kann jedoch nicht einseitig durch letztwillige Verfügung des Erblassers wieder hergestellt werden[12]). Damit haben wir die nach Art und Umfang verschiedenen Wirkungen eines Erbverzichtes für den Verzichtenden kennen gelernt: Sie beziehen sich auf die Rechte und nur auf die Rechte, die für den Verzichtenden auf Grund der gesetzlichen Berufung oder kraft einer Verfügung von Todes wegen mit dem Erbfall entstehen.

Daher werden von dem Erbverzicht selbstverständlich keine Rechte beeinträchtigt, die dem Verzichtenden etwa aus einem anderen Grunde[13]) gegen den Erblasser zustehen. Dagegen möchte ich es wieder als Tatfrage bezeichnen, ob der Erbverzicht sich auch auf ein Vermächtnis erstreckt[14]). Denn auch hier handelt es sich um ein auf einer Verfügung von Todes wegen beruhendes, mit dem Erbfall entstehendes Recht; und die Frage ist ebenso zu beantworten wie die, ob der Erbverzicht auf ein auf anderem Grunde beruhendes Erbrecht zu erstrecken ist.

IV. Die Wirkung des Erbverzichtes für die Abkömmlinge des Verzichtenden.

a) In der Theorie des gemeinen Rechts.

§ 9.

Grundanschauung des gemeinen Rechts, und die älteren Modifikationen dieser Ansicht.

Wie wenig die ältere Jurisprudenz des Mittelalters dem eigentümlichen deutschrechtlichen Charakter des Erbverzichtes gerecht wurde, zeigten bereits die Ausführungen über die von

[12]) Übereinstimmend Strohal, S. 542. Planck-Ritgen, Anm. 3 zu § 2351 S. 640. Dieses Ergebnis ist von Bedeutung für die Berechnung des Pflichtteils und für die Tatsache, wer pflichtteilsberechtigt ist.

[13]) Beseler, II, 2 S. 247γ erwähnt z. B. das peculium adventitium.

[14]) Beseler, II, 2 S. 247γ nimmt dagegen an, daß der Verzichtende Vermächtnisse stets in Anspruch nehmen könne.

den Romanisten des 17. Jahrhunderts angenommene obligatorische Wirkung des Erbverzichtes[1]). Auch bei der Frage nach der Wirkung des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden blieben sie ihrem Grundsatze treu, den Erbverzicht nach allgemeinen römischen Prinzipien zu behandeln. Eine Erstreckung der Wirkungen des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden läßt sich nun aus allgemeinen Lehren des gemeinen Rechtes nicht rechtfertigen. Der Gedenkengang, der grundsätzlich zur Verwerfung einer derartigen Wirkung führte, ist bei allen Schriftstellern im Grunde der gleiche: Im gemeinen Recht wird das Erbrecht der Enkel nicht mehr durch ihren Vater vermittelt. Der Abkömmling des Verzichtenden ist Erbe des Erblassers, nicht als Erbe seines Vaters, nicht jure hereditario, sondern kraft eigenen Rechtes. Niemand kann über fremde Rechte verfügen. Also ist der Verzichtende nicht in der Lage, seine Abkömmlinge von der Erbfolge auszuschließen. Beide Vordersätze sind prinzipiell richtig, und doch wird das Ergebnis dem Wesen und Zweck des Erbverzichtes nicht gerecht. Warum ein Rechtsinstitut nach allgemeinen Regeln zu behandeln suchen, wo doch die Natur und der eigentümliche Zweck dieses Rechtsinstitutes eine besondere Behandlung erfordern?

Auch für das gemeine Recht wird vereinzelt allerdings die Erstreckung der Wirkung des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden schlechthin verteidigt. So sagt Stryk, Diss. VIII Kap. 10 § 77 S. 800:

„Quando quidem cum lex aut consuetudo renunciationem probavit, eo ipso, legi civili hereditatem nepotibus deferenti, derogasse intellegitur, sic, ut illis succedere volentibus ex renunciatione matris exceptio opponi possit.“

Aber statt nun auf das deutsche Recht zurückzugehen und diese Wirkung aus dem Charakter und Zweck des Erbverzichtes zu erklären, sucht er sie aus allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes zu rechtfertigen, ein Beginnen, das zu einem Erfolge nicht führen konnte[2]).

[1]) Vgl. § 5 d. A.

[2]) Es würde zu weit führen, wollte man hier auf die geringe Stichhaltigkeit von Stryks Gründen eingehen. Ich verweise auf die ausführliche Kritik bei Mühlenbruch, 38 S. 89 ff.

Aber auch die communis opinio erkannte wohl, daß ihre Auffassung der Absicht nicht gerecht wurde, die die Parteien in den meisten Fällen mit dem Erbverzicht verbanden. Aus dem Bestreben, unsere Frage aus allgemeinen Grundsätzen zu beantworten, zugleich aber dem praktischen Bedürfnisse so weit als möglich entgegenzukommen, erklären sich nun die Modifikationen, die die grundsätzliche Verwerfung einer Erstreckung der Wirkungen des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge im gemeinen Recht erfuhr.

Die gemeinrechtlichen Juristen, die noch eine obligatorische, durch den Antritt der Erbschaft bedingte Wirkung des Erbverzichtes annehmen, kamen mit Hilfe dieser Anschauung zu dem Ergebnis, daß der Erbverzicht dann sich auch auf die Abkömmlinge erstrecke, wenn der Verzichtende den Erblasser überlebe. Man argumentierte folgendermaßen: Jeder Erbverzicht erfolgt unter der Bedingung, „si hereditas fuerit delata". Stirbt nun derjenige, der für sich und seine Nachkommen verzichtet hat vor dem Erblasser, so wird die Bedingung nicht existent, der Erbverzicht also hinfällig, so daß er sich auch nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt[3]). Wenn dagegen der Verzichtende den Erblasser überlebt, so wird er ja nach jener Auffassung Erbe und schließt als solcher seine Abkömmlinge von der Erbfolge aus. Kommt er nun auch seiner durch den Erbverzicht begründeten Verpflichtung nach, so bleiben seine Abkömmlinge doch von der Erbfolge ausgeschlossen, weil, wie man annahm, eine successio graduum für die Deszendentenklasse nicht bestand[4]). Auf dem Boden der obligatorischen Wirkung des Erbverzichtes kam man also zu dem Ergebnis, daß der Erbverzicht sich auf die Nachkommen des Verzichtenden erstrecke, wenn der Verzichtende den Erblasser überlebt, daß dies aber nicht der Fall sei, wenn der Verzichtende

[3]) So Kellenbentz b. Schilter, Quaestio XXXIII S. 891, 892, Darstellung bei Stryk, Diss. VIII Kap. X § 76 S. 799, 800.

[4]) Daß diese für die Klasse „unde liberi" des prätorischen Rechts richtige Annahme auf die Deszendentenklasse der Novelle 118 nicht zu übertragen sei, und richtiger Ansicht nach im gemeinen Recht eine successio graduum für die Deszendenten stattfinde, wurde im späteren gemeinen Recht ganz überwiegend anerkannt. So Dernburg, III § 133, 3 S. 262, 263.

vor dem Erblasser stirbt. So war der Kreis derjenigen Fälle, in denen der Erbverzicht sich nicht auf die Abkömmlinge erstreckte, tatsächlich bedeutend eingeengt, und dies um so mehr, wenn man folgendes berücksichtigt. Der Regelfall des Erbverzichtes war doch wohl der, daß der Sohn oder die Tochter verzichtete[5]). In diesen Fällen sprach nun eine tatsächliche Vermutung dafür, daß die Kinder ihre Eltern überlebten, und folglich auch der Erbverzicht für ihre Nachkommen Geltung behielt.

Aber auch für die Erbverzichte, welche sich hiernach nicht auf die Nachkommen erstreckten, machte eine andere Ansicht ein Mittel ausfindig, um diese Wirkung zu erreichen[6]). Man sagte, daß die Erbverzichte sich dann auf die Nachkommen des vor dem Erblasser verstorbenen Verzichtenden erstreckten, wenn dieser den Erbverzicht ausdrücklich für sich und seine Erben erklärt habe, und die Abkömmlinge auch wirklich Erben des Verzichtenden geworden seien[7]). Denn in diesem Falle greife der Satz Platz: „heres facta defuncti praestare debet". Was aber diesen Satz anlangt, so handelt es sich hier um Verpflichtungen, die der Erblasser hinsichtlich seines Vermögens eingegangen ist, und diese hat der Erbe zu erfüllen[8]).

Nun hat das römische Recht noch die spezielle Vorschrift, daß dann, wenn der Erblasser Sachen seines künftigen Erben veräußert, der Erbe nach dem Antritt der Erbschaft mit der exceptio rei venditae et traditae zurückgewiesen werden kann, wenn er Eigentumsansprüche geltend macht. Man darf jedoch diesen konkreten Fall nicht dahin verallgemeinern, daß alle Rechtshandlungen des Erblassers, die Rechte des Erben betreffen, ebenso von dem Erben prästiert werden müssen wie diejenigen, die sich auf das Vermögen des Erblassers beziehen[9]).

[5]) Natürlich kamen auch solche Verzichte der Seitenverwandten und sogar der Eltern vor. Siehe z. B. den Fall bei Seuffert, XVI Nr. 61 S. 108 ff, bes. S 111.

[6]) Begründer dieser Ansicht ist Joh. Goddaeus in den Cons. Marpurg, I, 27; zit. nach Beseler, II, 2 S. 250.

[7]) Dies ist z. B. auch die Auffassung des A.L.R. II Tit. 2 § 358 und des sächs. B.G.B. § 2561.

[8]) Über den Satz vgl. auch Beseler, II, 2 S. 48.

[9]) Vgl. auch Rosin, S. 455; Pfaff-Hofmann, S. 51.

Diese sich angeblich auf das römische Recht stützende Auffassung liegt durchaus nicht in dessen Sinne. Dies folgt z. B. auch daraus, daß der Erbe mit der querela inofficiosae donationis übermäßige Schenkungen des Erblassers anfechten darf. Wenn der Erbe es sich nicht einmal gefallen zu lassen braucht, daß der Erblasser sein Pflichtteilsrecht beeinträchtigt, wieviel weniger kann man mit dem Satz „heres facta defuncti praestare debet" operieren, um eine Ausschließung des ganzen Erbrechts der Abkömmlinge zu rechtfertigen. Überhaupt darf in der Klausel „für sich und seine Erben" ein besonderer Nachdruck auf das Wort „Erben" nicht gelegt werden. Es ist hierunter nichts anderes zu verstehen als „Nachkommen", und es macht keinen Unterschied, ob diese den Verzichtenden beerben oder nicht[10]).

§ 10.

Kritik der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts.

Beseler und mit ihm die herrschende Meinung des gemeinen Rechts folgen insofern den alten gemeinrechtlichen Juristen, als sie einen Erbverzicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden dann erstrecken wollen, wenn der Verzichtende den Erblasser überlebt, nicht aber dann, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser stirbt[1]).

Diese Ansicht beruhte, wie ich in § 9 zu zeigen versuchte, auf der obligatorischen Wirkung des Erbverzichtes. In dem Augenblick, da diese Voraussetzung als falsch und die Wirkung des Erbverzichtes als eine unmittelbare erwiesen war, mußte die Unterscheidung unhaltbar werden. Beseler begründet seine Ansicht damit, daß die Nachkommen des Renunzianten, solange dieser lebt, kein Erbrecht haben[2]). Der Satz „vivi nulla repraesentatio" beruht aber auf dem sogenannten Repräsentationsrecht, d. h. auf dem Gedanken, daß die Enkel nicht aus eigenem Recht, sondern aus dem ihres vorverstorbenen Parens erben[3]).

[10]) Übereinstimmend Beseler, II, 2 S. 250.

[1]) So Beseler, II, 2 S. 249 ff. sub lit. d.; Stobbe, § 314, 5 S. 313; A.L.R. II Tit. 2 § 357; Unger, § 30 Anm. 11 S. 131, u. a. m.

[2]) So Beseler, II, 2 S. 250 o.

[3]) Unter Repräsentationsrecht versteht man außerdem die zutreffende Tatsache, „daß die Enkel das erhalten, was ihr vorverstorbener Parens er-

Daß dieses Repräsentationsrecht nicht besteht, darüber ist sich die gemeinrechtliche Theorie einig[4]). Gerade Beseler und alle diejenigen, die eine Erstreckung des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden grundsätzlich leugnen, sehen in dem jus proprium der Abkömmlinge das Hindernis, welches der Ausdehnung des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden entgegensteht. Nicht das Leben des Parens schließt die Abkömmlinge von der Erbfolge aus, sondern nur der Umstand, daß der Parens Erbe wird. Die unmittelbare Wirkung des Erbverzichtes besteht aber gerade darin, daß die Entstehung des Erbrechts des Verzichtenden gehindert wird. Wenn also der Erblasser stirbt, so kommt der Verzichtende für die Erbfolge nicht in Betracht; daraus, daß er tatsächlich am Leben ist, folgt juristisch nichts für den Ausschluß seiner Nachkommen[5]).

Man muß also die Frage, ob sich der Erbverzicht auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecke, hier genau so stellen und beantworten wie in jenem Falle, in dem der Verzichtende vor dem Erblasser stirbt[6]). Spricht das gemeine Recht dem Erbverzicht die Wirkung auf die Abkömmlinge grundsätzlich ab, so wäre es wenigstens konsequent gewesen, wenn es dies nicht nur dann getan hätte, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser, sondern auch, wenn der Erblasser vor dem Verzichtenden stirbt.

Abgesehen von den Fällen, in denen der Verzichtende den Erblasser überlebt, nimmt Beseler noch zwei weitere Gruppen, den Erbverzicht bei der statutarischen Absonderung und den Erbverzicht der adligen Töchter, von der Regel aus, daß sich

erbt hätte, wenn er zur Sukzession gekommen wäre". So Dernburg, III § 132 S. 260 Anm. 2. In dem letzteren Sinne ist das Wort S. 20 d. A. gebraucht. Hiermit ist die im Text jetzt zugrunde gelegte Bedeutung nicht zu verwechseln.

[4]) Vgl. Kohler, S. 367 ff., 372; Windscheid-Kipp, III § 572 Anm. 4 S. 335; Dernburg, III S. 260 Anm. 2.

[5]) Damit wird auch die Behauptung Beselers, II, 2 S. 250 hinfällig, auch der Satz: „Semel heres semper heres" spreche dafür, daß die Kinder des den Erblasser überlebenden Verzichtenden kein Erbrecht haben, insofern die Erbschaft nun einem anderen deferiert werden müsse.

[6]) Die einzigen, die meines Wissens jene Unterscheidung für das gemeine Recht bekämpfen, sind Pfaff-Hofmann, S. 50/51, Anm. 98.

der Erbverzicht nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecke[7]).

Eine Betrachtung dieser „Ausnahmen" führt m. E. zu dem Ergebnis, daß sie den Regelfall darstellen.

Was den Erbverzicht bei der Abschichtung anlangt, so habe ich bereits in der Einleitung[8]) darzutun versucht, daß dem Erbverzicht neben einer Abschichtung mit erbabfindendem Charakter[9]) besondere Rechtswirkungen nicht beigelegt werden können, da eine solche Abschichtung alle die Wirkungen ipso jure zeitigt, die sonst dem Erbverzicht innewohnen. Bereits durch die Abschichtung wird in einem solchen Falle das künftige Erbrecht auch der Abkömmlinge des Abgeschichteten ausgeschlossen[10]).

Aber ebenso wie hier die Absonderung kraft partikularrechtlicher Bestimmung sich auf das Erbrecht auch der Nachkommen des Abgesonderten erstreckt, so in den Rechten, in denen die Absonderung die Kinder zur Erbfolge gegen Kollation des Empfangenen zuläßt, ein neben diese Absonderung tretender Erbverzicht; denn durch ihn soll gerade das Erbrecht der Abgesonderten ausgeschlossen und die Absonderung einer solchen mit erbabfindendem Charakter gleichgestellt werden. In beiden Fällen wird also der gleiche Zweck mit verschiedenen Mitteln erstrebt. Es wäre ungerecht und widerspräche der historischen Entwickelung, wenn die Absonderung mit erbabfindendem Charakter sich auch auf das künftige Erbrecht der Enkel erstrecken sollte, während ein Erbverzicht neben einer Absonderung, die die Kinder an sich zur Erbfolge gegen Kollation berechtigt, zwar das Erbrecht der Verzichtenden ausschließen, deren Abkömmlinge

[7]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 324, 325 und S. 289 ff.

[8]) Vgl. § 2 S. 23 ff., besonders S. 25 d. A.

[9]) Nur eine solche hat Beseler hier im Auge; das folgt aus Beseler II, 2 S. 252 und 325, wo ausdrücklich gesagt ist, daß bei einer nur zur Kollation verpflichtenden Absonderung das Erbrecht der Abkömmlinge durch einen Erbverzicht nicht ausgeschlossen wird.

[10]) Vgl. Mevius, Pars II tit. 2 Art. 33 Ziff. 151, sicut autem separatio excludit filium filiamve, ita et effectum eundem extendit ad omnes ex his descendentes . . . . ubi fratrum separatorum liberi pariter per separationem parentum exclusi censentur. Sed quod sine textu ratio sentire iubet. Und Ziff. 156: Loquimur enim hic de statuto excludente separatos liberos, non de vi renunciationis.

aber trotzdem zur Erbfolge gegen Kollation dessen berechtigen sollte, „was ihre Eltern bei Gelegenheit des Erbverzichtes aus dem Vermögen der Großeltern empfangen haben“[11]).

Man muß vielmehr annehmen, daß das Erbrecht auch der Abkömmlinge des Verzichtenden durch dessen Erbverzicht ausgeschlossen wird, aber hier nicht als Folge einer etwaigen Absonderung, die ja ohne den Erbverzicht die Abkömmlinge des Abgesonderten ebenso wie diesen selbst nur zur Kollation verpflichten würde[12]), sondern als Folge des Erbverzichtes[13]). Denn auch von dem Erbverzicht gilt, was Beseler, II, 2 S. 325 von der Absonderung mit erbabfindendem Charakter sagt: „Das eigentümliche deutschrechtliche Geschäft tritt hier der strengen Durchführung der gemeinrechtlichen Pflichtteilslehre hemmend entgegen.“

Die zweite Ausnahme von der allgemeinen Regel des gemeinen Rechts, daß sich der Erbverzicht nicht auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecke, fand Beseler in dem Erbverzicht der adeligen Töchter. Ursprünglich unterschied sich jedoch m. E. dieser Erbverzicht nicht von anderen Erbverzichten. Wir kennen Erbverzichte der adeligen Töchter bereits aus dem Anfange des 13. Jahrhunderts[14]), also aus der

[11]) So Beseler, II, 2 S. 252; Stobbe, § 314 S. 314.

[12]) Vgl. S. 20 d. A. Über die abweichende Auffassung des Ssp. und deren Gründe s. S. 19, 20 d. A.

[13]) Auch ohne die Verbindung mit der Absonderung würde der Erbverzicht die gleiche Wirkung haben. Allerdings wird der an und für sich bereits seltene Fall eines unentgeltlichen Erbverzichtes kaum praktisch werden, wenn Abkömmlinge des Verzichtenden vorhanden sind, auf die sich die Wirkung des Erbverzichtes erstrecken soll.

[14]) Vgl. die Urkunde aus dem Jahre 1214 bei Beseler, II, 2 S. 273 Anm. 29; auch bei v. Neurath. S. 54 und bei Fischer, II, 2 S. 93: Dux autem filiae suae bis mille et quingentas marcas col. mon. donavit, et hac pecunia contenti tam ipsa quam comes Hollandiae, quam filius ejus praetaxati in perpetuum renunciabunt omni allodio et hereditati et omni proventui et omnibus, quaecunque possunt, ex parte patris ipsius Mathildis vel matris (vivente fratre vel ejus herede) provenire.

Vgl. auch die „Renonciation faite par Simon Comte de Sarbruche au profit de Matthieu Duc de Lorraine, à touts Droits de Succession paternelle et maternelle, qui pouvoient etre pretendus par sa femme Sozur du dit sieur Duc“ vom 20. September 1227 bei Fischer, II S. 93 dritter Beweis, Urkunde zwei.

Der Verzicht erfolgt hier durch den Gemahl als Vertreter. In andern Fällen verzichten beide Ehegatten zu gesamter Hand. Vgl. Fischer, II

Zeit, da eben die Geburtsstunde des Erbverzichtes überhaupt geschlagen hatte. Schon hiernach erscheint es wenig glaublich, daß sich von dem entstehenden Rechtsinstitut sogleich eine besondere Gruppe losgelöst haben sollte, die sich in ihren Wirkungen von jenem unterschieden hätte; und zwar um so weniger glaublich, als die Mehrzahl der uns aus jener Zeit überlieferten Erbverzichte solche von adeligen Töchtern sind, so daß also die Ausnahmefälle sogleich die Regel überwuchert haben würden.

Daher meine ich, daß der Erbverzicht der adeligen Töchter nicht als eine besondere Art des Erbverzichtes ins Leben getreten ist[15]), sondern vielmehr, daß die adeligen Familien in dem gerade zu Beginn des 13. Jahrhunderts zu völliger Selbständigkeit herangereiften Erbverzicht ein Mittel sahen und benutzten, um das ebenfalls um diese Zeit mehr und mehr erstarkende Erbrecht der Töchter zu beseitigen. Erst später hat der Erbverzicht der adeligen Töchter eine von dem gewöhnlichen Erbverzicht verschiedene Gestalt angenommen, indem er teils durch die Autonomie der adeligen Familie sich veränderte (notwendiger Verzicht)[16]), teils im Gegensatz zum gemeinen, den Einflüssen des römischen Rechts leichter zugänglichen Recht den ursprünglichen Charakter bewahrte. Dies letztere trifft in unserer Frage m. E. zu. Die Theorie des gemeinen bürgerlichen Rechts trug die Wirkung des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden zu Grabe; im Adelsrechte jedoch erkannte man sie auch fernerhin an, indem man hier zu ihrer Rechtfertigung bald auf die straffe Zusammenfassung der adeligen Familie hinweist, deren Haupt durch seine Rechtshandlungen die einzelnen Angehörigen bindet, bald auf die Kraft der Hausgesetze, bald auf ein sich bildendes Gewohnheitsrecht des Adels[17]).

S. 100 letzte Urkunde und 101 letzte Urkunde des 4. Beweises. In noch anderen Fällen wird die Zustimmung des Gemahls zum Verzichte erwähnt. So Fischer, II S. 101 erste Urkunde.

[15]) Vgl. auch Maurenbrecher, § 624 S. 360 und S. 361 Anm. 2, sowie Reyscher, VI S. 280, 281.

[16]) Vgl. S. 106 ff. d. A.

[17]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 291. Albrecht, S. 351. Walter, § 469 S. 531. Beseler, P.R. § 178 II S. 804.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß im deutschen Recht jeder Erbverzicht sich ohne weiteres auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckte. Diese Wirkung trat ein, ohne daß man ausdrücklich den Verzicht auf die Erben auszudehnen brauchte; daher enthalten denn auch z. B. die S. 60 Anm. 14 d. A. erwähnten Urkunden[18]) nicht die später so gewöhnliche Klausel „pro se et heredibus suis“ oder eine sonstige Erwähnung der Abkömmlinge und erstrecken sich trotzdem auf diese. Ein treffendes Beispiel hierfür enthält auch folgende Urkunde[19]):

„Ein Brieff, wie Volinar Herre zu Ohssenstein und Adelheytt von Geroltzecke eelich Gemehele, nach dem Walther Herre zu Geroltzecke ir Vater und Sweher ir zu Ehesteuer gegeben hatte 11 M. Gulden, lut Verschrybung sich verzyhen aller Rechte, Forderung und Eygenschafft so sie haben mochten an der Herrschafft Geroltzecke und an allen andern Gütern jhensit Rines gegen dem Swarzwalde gelegen, dem gedachten irem Vatter und Sweher zugehorig; doch mit Fürworten ob gedachter ir vatter und Sweher on ander Lybserben von Dotswegen abging, so sollt ir als siner Dochter oder irn Erben ir Rechtt und Erbe fürbehalten sin.“

Daraus, daß der Vorbehalt des Erbrechts für den ledigen Anfall hier ausdrücklich auf die Erben der verzichtenden Tochter erstreckt wird, ergiebt sich ohne weiteres, daß sich auch der Erbverzicht auf ihr Erbrecht erstrecken muß, obwohl dies nicht besonders hervorgehoben wird[20]).

Daher glaube ich, daß die Klausel „für mich und meine Erben“ auch zu jenen „vielen Klauseln und Anhängen“ gehört, durch die man sich „gegen alle besorglichen exceptiones und

[18]) Der in der ersten Urkunde aus dem Jahre 1214 erwähnte filius ist der Gemahl, der comes Hollandiae der Schwiegervater der Verzichtenden. Vgl. Beseler, II, 2 S. 273.

[19]) Bei Fischer, II S. 91 letzte Urkunde des ersten Beweises.

[20]) Das Beispiel, das Stobbe, § 314 S. 313 Anm. 17 aus Schröder, II, 1 S. 32 dafür zitiert, daß Verzichte „für sich und seine Erben“ sehr früh vorkamen, spricht noch nicht unbedingt dafür, daß diese Klausel auch bei Erbverzichten üblich war. Denn dieser Verzicht bezieht sich gar nicht auf ein Erbrecht, sondern auf die Morgengabe: Ein solches Geschäft ist ebensowenig wie der unter Zustimmung der nächsten Erben erfolgende Verkauf eines Grundstücks (vgl. S. 33, 34 d. A.) ein Erbverzicht, wie Stobbe selbst § 313 Anm. 2 S. 302 bemerkt.

Chikanen der formularischen Jurisprudenz der Römer und Kanonisten zu verwahren gesucht hat"[21]), und die dann allerdings späterhin ganz allgemein beim adeligen[22]) ebenso wie beim bürgerlichen[23]) Erbverzichte gebraucht wurde.

Selbstverständlich muß man annehmen, daß dem Verzichtenden das Recht zusteht, die Wirkung des Erbverzichtes auf sein Erbrecht zu beschränken. Ja, ebenso wie jemand zugunsten seiner Geschwister verzichten kann, so auch zugunsten seiner Abkömmlinge. In einem Falle wird sogar eine Erstreckung der Wirkungen des Verzichtes auf die Abkömmlinge stets ausgeschlossen sein, auch wenn der Verzicht eine dahingehende Einschränkung nicht enthält: Der Verzicht auf die Sondererbfolge in ein Fideikommis oder Lehen wirkt nicht gegen die Abkömmlinge des Verzichtenden. Denn in die ex pacto et providentia majorum festgelegte Erbfolge kann der Verzichtende nicht willkürlich eingreifen[24]).

Zu dieser einheitlichen Behandlung unserer Frage nach den Wirkungen des Erbverzichtes für die Abkömmlinge des Verzichtenden konnte sich, wie wir gesehen haben, die herrschende Meinung des gemeinen Rechts nicht entschließen. Indem sie davor zurückschreckte, unsere Frage schlechterdings zu bejahen, kam sie daher zu einem Ergebnis, das den praktischen Bedürfnissen in keiner Weise gerecht wurde und eines einheitlichen Gesichtspunktes entbehrte: Bald sind die Parteien hiernach

[21]) Wie es einmal bei Kreittmayr, Anm. 10 a zum bayr. L.R. Teil III Kap. 11 § 2 S. 889 heißt.

[22]) Vgl. z. B. den Erbverzicht einer brandenburgischen Prinzessin vom Jahre 1473 bei Beseler, II. 2 S. 224, S. 225 Anm. 20: „. . . . . und bekannt also offenlich, das Sie noch Ir Erben fürbas ewiglich nimmer Anspruch noch Forderunge darnach haben, tun noch gewinnen sollen . . ."

[23]) Vgl. z. B. die Urkunde bei Huber, IV S. 567 Anm. 19: „Wir entziehen uns och, vür uns und unser Erben als vor, allez dez gutes, so der vorgenannt unser vatter und sine wirtin Mechtilt, und allü ir kint und alle ir erben, noch har nach gewinnent, und behan uns und unsern Erben dar an weder teil noch gemeine, noch enhein recht."

[24]) Dies ist der durchschlagende Grund für jene Ausnahme, nicht der bei Knipschildt, XI 399 geltend gemachte Gesichtspunkt, daß niemand auf fremdes Recht verzichten könne (zit. nach O. H. Gierke, Diss. S. 51 Anm. 1), der auch auf den Erbverzicht zutreffen würde.

Vgl. auch Kreittmayr, Anm. 2c zu Teil III Kap. 11 § 3 Nr. 4 S. 893 und O. H. Gierke, S. 51 oben.

in der Lage, den Zweck zu erreichen, den sie so häufig mit dem Erbverzicht verbinden, nämlich die ganze Linie des Verzichtenden von der Erbfolge auszuschließen, bald schiebt man dieser Wirkung einen Riegel vor. Wenn jemand bei seiner Auswanderung abgefunden ist und auf sein Erbrecht verzichtet hat, und die Parteiabsicht ferner dahingeht, daß nicht nur er, sondern auch seine ganze Linie bei der künftigen Auseinandersetzung im Erbfalle ausscheiden solle, so wird dies Ziel nicht erreicht, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser stirbt. Hatte die Absonderung als solche kraft partikularrechtlicher Bestimmung die Wirkung, daß das Erbrecht der Abgesonderten ausgeschlossen ist, dann will man in jedem Falle auch seine Abkömmlinge ausschließen; sonst sind diese, auch wenn ein Erbverzicht ihres Parens zu der Absonderung getreten war, nur zur Kollation verpflichtet. Der adeligen Tochter ist es schlechthin vergönnt, zur Erhaltung des Ansehens und der Macht der Familie für sich und ihre Abkömmlinge zu verzichten. Dem Bauernkinde versagt man diese Möglichkeit, wenn es die Erhaltung der wirtschaftlichen Kraft und Einheit des Bauernhofes gilt.

b) In den Partikularrechten.

§ 11.

Die der Geschichte und dem Zweck des Erbverzichtes entsprechende Behandlung unserer Frage hat sich denn auch im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Theorie und Rechtsprechung[1]) mehr und mehr in der Partikulargesetzgebung Bahn gebrochen. So sagt auch Bluntschli, § 243 a. E. S. 724: „Wir begreifen es daher, wenn manche Gesetzgebungen dem Erbverzicht geradezu eine das natürliche Erbrecht nicht bloß des Verzichtenden, sondern ebenso seiner Linie unterbrechende und auflösende Wirkung beilegen und halten diese Auffassung überhaupt für gemäß dem Geiste des deutschen Erbrechts.“ Manchen Gesetzgebungen haften allerdings noch die Eierschalen der gemeinrechtlichen Doktrinen an. Besonders interessant erscheint in dieser Beziehung das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton

[1]) Vgl. z. B. Seuffert, 28 Nr. 42 S. 63.

Zürich von 1887, das ein nahezu getreues Spiegelbild aller Theorien über unsere Frage bietet: In § 1070 wird zunächst der Ausschluß auch der Nachkommen des Verzichtenden für den Fall angeordnet, daß der Verzichtende den Tod des Erblassers erlebt. § 1071 stellt den Grundsatz auf, daß niemand „in der Regel" auf mehr als sein eigenes Erbrecht Verzicht leisten könne, setzt jedoch für den Fall, daß die Erben des Verzichtenden dessen Verlassenschaft übernommen haben, eine Kollationspflicht der Erben fest. § 1072 endlich ringt sich zu der „Ausnahme" durch, „daß Erbverzichte ehelicher Nachkommen des Erblassers zugunsten anderer ehelicher Nachkommen im Zweifel auch für die Kinder oder Erben des verzichtenden Familiengliedes verbindlich seien".

Das österreichische Gesetzbuch sagt in seinem § 551: „Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen." Mit Recht weisen Pfaff-Hofmann, S. 52, 53, obwohl sie m. E. unbilligerweise gegen die Bestimmung des § 551 polemisieren[2]), die Versuche zurück, die unzweideutige Anordnung des § 551 mit der Einschränkung zu verstehen: „wenn nicht der Verzichtende vor dem Erblasser gestorben ist". So tief hatte jene Unterscheidung in der Theorie Wurzel geschlagen, daß man sie selbst dort zu finden glaubte, wo sich auch nicht der geringste Anhalt dafür bot.

Am energischsten hat das bayr. L.R. die Erstreckung der Wirkungen des Erbverzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden durchgeführt. Es heißt hier Teil III Kap. 11 § 3 Nr. 4, „daß nicht nur der Renunziant für seine Person, sondern auch für seine Kinder und Deszendenten, ohne Unterschied, ob sie tempore Renunciationis schon bei Leben gewesen oder nicht, ob sie den Renunzianten geerbt haben oder nicht, ob Renunziant vor oder nach dem Erblasser verstorben ist, von der renunzierten Erbschaft auf ewig ausgeschlossen ist". Man merkt förmlich die Reaktion der praktischen Jurisprudenz gegen die Unterscheidungen, die man in den Erbverzicht hineingetragen hatte.

[2]) So Pfaff-Hofmann, S. 50 und 56.

c) Im Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 12.

Der erste Entwurf des B.G.B. stand im großen und ganzen noch auf dem Boden der gemeinrechtlichen Lehre. Auch er wollte grundsätzlich aus denselben prinzipiellen Bedenken wie das gemeine Recht dem Erbverzicht die Wirkung auf die Abkömmlinge des Verzichtenden absprechen. Die Motive V S. 481 weisen darauf hin, wie man auf Umwegen die Abkömmlinge des Verzichtenden ausschließen könne, so, indem der Parens als gesetzlicher Vertreter seiner Abkömmlinge für diese verzichtet[1]) — dann erstreckt sich der Verzicht aber nur auf die zur Zeit des Erbverzichtes lebenden Abkömmlinge —, ferner, indem der Erblasser den Abkömmlingen des Verzichtenden durch letztwillige Verfügung jedes Erbrecht entzieht[2]); hier können die Abkömmlinge aber doch noch ein Pflichtteilsrecht geltend machen, wenn die dem Verzichtenden etwa gewährte Abfindung hinter dem Betrage zurückbleibt, der im Erbfall den Pflichtteil der Abkömmlinge ausmachen würde; daher würden die Abkömmlinge des Verzichtenden zwar unter einer späteren Verminderung des Vermögens des Erblassers nicht leiden, von einer Vermehrung aber Nutzen haben[3]).

Die zweite Kommission erkannte denn auch, daß ein befriedigendes Ergebnis nur möglich sei, wenn der Erbverzicht auch auf die Abkömmlinge des Verzichtenden wirkt. Demgemäß hat der § 2349 B.G.B. die Wirkung des Verzichtes eines Abkömmlings oder Seitenverwandten des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht salvo contractu auch auf deren Abkömmlinge erstreckt. Damit bekennt sich das B.G.B. nicht zu dem Repräsentationsprinzip[4]), wie die Motive V S. 482 fürchteten[5]).

---

[1]) Vgl. Mot. V S. 481, Abs. 1, i. Verb. mit S. 474 unten.

[2]) Vgl. Mot. V S. 482.

[3]) Vgl. hierzu Gierke, Entwurf S. 547, 548 oben.

[4]) Vgl. S. 57 d. A.

[5]) Vgl. Protokolle, II S. 7646 ff. bei Mugdan, S. 830 ff. Die Verwerfung des sog. Repräsentationsprinzips und damit auch des Satzes: „vivi nulla repraesentatio“ durch das B.G.B. folgt daraus, daß im Falle der gültigen Enterbung eines Kindes dessen Abkömmlinge pflichtteilsberechtigt wären (§§ 2303 und 2309), daß ferner dann, wenn jemand als Erbe berufen ist,

Wenn also in unserem Falle durch den Erbverzicht zugleich auch die Entstehung des Erbrechtes der Abkömmlinge gehindert wird, so erklärt sich dies nicht daraus, daß infolge der Nichtentstehung des Rechts des Verzichtenden zugleich auch das Erbrecht seiner Abkömmlinge nicht zur Entstehung kommt. Denn dieses ist auch nach B.G.B. ein selbständiges, in seinem Bestande von dem Erbrecht des Verzichtenden unabhängiges Recht. Es handelt sich hier um einen von praktischen Bedürfnissen im Interesse des Erbverzichtes geforderten singulären Fall, in dem jemand über selbständige fremde (künftige) Rechte zu verfügen in der Lage ist[6]).

Ebenso wie der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, so wirkt auch der auf das Pflichtteilsrecht gegen die Nachkommen des Verzichtenden. Dieses Resultat gewinnt man durch einen Schluß a majore ad minus. Denn da der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht das Pflichtteilsrecht stets mit umfaßt, und das Gesetz im § 2349 den Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht auf die Abkömmlinge erstreckt, so muß man dieselbe Wirkung auch für einen Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein annehmen[7]).

Ob die Wirkung eines Verzichtes auf das testamentarische oder vertragsmäßige Erbrecht sich auf ein etwaiges testamentarisches oder vertragsmäßiges[8]) Erbrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden erstrecken könne, ist im B.G.B. nicht geregelt. Daraus, daß B.G.B. § 2352 zwar ausdrücklich eine Anwendung

die Erbschaft aber ausschlägt oder erbunwürdig wird, seine Nachkommen nicht ausgeschlossen sind (§§ 1953, 2344).

[6]) Der Gedanke einer (ausnahmsweise) wirksamen Verfügung über fremde Rechte, der im römischen Recht von vornherein an dem Satze: „nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet" scheitert, begegnet uns im deutschen Recht und auch im B.G.B. noch an anderer Stelle. Denn was ist die Übertragung des durch ein Wertpapier öffentlichen Glaubens verbrieften Forderungsrechtes, die Veräußerung oder Verpfändung einer unbeweglichen Sache, für die der öffentliche Glaube des Grundbuchs streitet, oder einer beweglichen Sache durch einen nicht Berechtigten an einen gutgläubigen Dritten anders als die wirksame Verfügung über fremde Rechte? Vgl. Gierke, P.R. I S. 279 Anm. 2; II S. 125, 330 und 567.

[7]) Ebenso Strohal, Pflichtteilsrecht S. 39 o.

[8]) Vgl. §§ 2069, 2279, wonach eine Vermutung dafür spricht, daß die Abkömmlinge bedacht sind, wenn der Verzichtende ein Abkömmling des Erblassers ist.

der Vorschriften der § 2347, 2348 anordnet, den § 2349 aber nicht erwähnt, folgt allerdings per argumentum e contrario, daß die Wirkung des Verzichts auf das testamentarische oder vertragsmäßige Erbrecht sich nicht ohne weiteres auf ein testamentarisches oder vertragsmäßiges Erbrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt. Das Gesetz läßt jedoch die Frage offen, ob diese Wirkung durch ausdrückliche Vereinbarung unter den Vertragschließenden erzielt werden könne. Diese Frage muß m. E. folgerichtigerweise bejaht werden[9]). Im übrigen hat die Frage wohl nur theoretisches Interesse und dürfte kaum praktisch werden.

V. Die Wirkung des Erbverzichtes für den Erblasser.

a) Im allgemeinen.

§ 13.

Die Wirkungen des Erbverzichtes für den Erblasser treten nicht durch eine Tätigkeit von seiner Seite, sondern als mittelbare Folge des durch die Verfügung des Verzichtenden geschaffenen Zustandes ein[1]). Daran, daß das Erbrecht des Verzichtenden und seiner Abkömmlinge nicht zur Entstehung gelangt, knüpft sich für den Erblasser die Wirkung einer Erweiterung seiner Testierfreiheit, insoweit sie zuvor durch die Anwartschaft des Verzichtenden eingeschränkt war. So definiert von Gerber-Cosack den Erbverzicht geradezu als das Geschäft, „in welchem der künftige Erbe auf die aus dieser Eigenschaft hervorgehenden Beschränkungen des Erblassers verzichtet“[2]). Damit charakterisiert er zwar treffend die Wirkung des Erbverzichtes für den Erblasser, gibt aber eine den juristischen Hergang verdunkelnde Definition, die zu Mißverständnissen Anlaß bietet[3]).

[9]) a. A Cosack, § 409 II, 3 Anm. 11 S. 857.

[1]) Vgl. §§ 3 und 4 d. A.

[2]) So von Gerber-Cosack, § 311 Anm. 1 S. 543.

[3]) Beseler, P.R 1 S. 661 Anm. 10 liest z. B. aus dieser Definition heraus, daß von Gerber ein Anhänger der obligatorischen Wirkung des Erbver-

Je größer die Verfügungsfreiheit des Erblassers von vornherein, desto geringfügiger die Bedeutung eines Erbverzichtes für ihn. Je stärkere Schranken der Verfügungsfreiheit des Erblassers gezogen sind, desto bedeutungsvoller die Wirkung, die ein Erbverzicht für ihn hat. Deshalb bot auch das deutsche Recht einen viel fruchtbareren Boden für die Entwickelung des Erbverzichtes als das römische Recht. Hier die bis zur höchsten Vollkommenheit ausgebildete Testierfreiheit, die einzig und allein durch das Noterbenrecht, und auch durch dieses in älterer Zeit nur formell, nicht materiell eingeschränkt war; dort die Loslösung der Erbfolge von der Willkür des Erblassers, die ursprünglich so radikal durchgeführt wurde, daß „jede vermögensrechtliche Verfügung einer Person, welche erst nach ihrem Tode zur Ausführung kommen sollte, unzulässig und nichtig war“[4]).

Nach gemeinem Recht und nach B.G.B. kann man durch Testament seinen „letzten“ Willen kundgeben. Durch Erbvertrag und Pflichtteilsrecht sind der Testierfreiheit Schranken gezogen. Dementsprechend wird die Bedeutung des Erbverzichtes für den Erblasser gering sein, wenn es sich um den Verzicht auf ein testamentarisches oder nicht mit Pflichtteilsrecht verbundenes gesetzliches Erbrecht handelt; größer beim Verzicht auf das vertragsmäßige, und am größten bei dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht des Pflichtteilsberechtigten und auf das Pflichtteilsrecht allein.

b) Im einzelnen.

§ 14.

Obwohl der Erblasser die Anwartschaft des gesetzlichen, nicht pflichtteilsberechtigten und des testamentarischen Erben durch letztwillige Verfügung zu beseitigen vermag, kann auch in diesem Falle der Erbverzicht für ihn praktisch werden. Er erspart ihm die Errichtung oder die Abänderung eines Testaments, was im gemeinen Recht von Bedeutung war, da dieses einerseits

zichtes sei, obwohl dies nach von Gerbers Ausführungen a. a. O. nicht der Fall ist.

[4]) So Stobbe, V § 278 S. 2.

nur ein formelles Testament kannte, andererseits den Erbverzicht als formlos gelten ließ[1]).

Vor allem aber wird ein Erbverzicht, und hier nicht nur nach gemeinem Recht, sondern auch nach B.G.B., gegenüber einem Erbrecht, das im allgemeinen auch durch Testament beseitigt werden kann, dann bedeutungsvoll sein, wenn der Erblasser geschäftsunfähig wird, ein Testament also nicht mehr zu errichten vermag[2]).

Die Wirkung des Erbverzichtes eines in einem Erbvertrage bedachten Dritten[3])[4]) für den Erblasser stellt sich als eine doppelte dar, als eine positive und eine negative.

Zunächst bringt der Erbverzicht des Dritten die durch den Erbvertrag gebundene Verfügungsfreiheit des Erblassers wieder zur Geltung. Denn B.G.B. § 2289 Abs. 1 Satz 2, wonach Verfügungen von Todes wegen nach Abschluß des Erbvertrages insofern unwirksam sind, als sie das Recht des vertragsmäßig

---

[1]) Vgl. Beseler, P.R. I § 145 IV S. 664.

[2]) Vgl. § 2064 B.G.B. i. Verb. mit § 2347 Abs. 2 Satz 2 und § 2352 Satz 3 B.G.B. Diese Regelung ist die praktische Konsequenz daraus, daß der Erbverzicht keine Verfügung von Todes wegen ist, sondern eine Verfügung des Verzichtenden mit Zustimmung des Erblassers.

[3]) In den Ausnahmefällen, in denen der Erblasser einseitig vom Erbvertrage zurücktreten kann (vgl. B.G.B. §§ 2293—2295), wird die Bedeutung des Erbverzichtes für die Wiedererlangung der Verfügungsfreiheit des Erblassers derjenigen analog sein, die wir für das testamentarische Erbrecht kennen gelernt haben. (Vgl. §§ 2296, 2297 B.G.B., wonach ein Rücktritt des geschäftsunfähigen Erblassers ausgeschlossen ist.)

[4]) In den folgenden Ausführungen soll zunächst nur von diesem, nach B.G.B. allein zulässigen Fall des Verzichtes auf das vertragsmäßige Erbrecht die Rede sein, unter Zugrundelegung des B.G.B. Für das gemeine Recht gilt Entsprechendes, soweit man hier überhaupt die Erbverträge zugunsten Dritter anerkennt. Dies geschieht nach der herrschenden Meinung einmal dann, wenn der Erbvertrag zugunsten Dritter ein zweiseitiger ist, wenn also der zugunsten des Dritten Verfügende von dem Vertragsgegner bedacht ist. Ferner dann, wenn der zugunsten des Dritten Verfügende zugleich den Vertragsgegner bedacht hat. Im letzteren Falle wird jedoch die Verfügung zugunsten des Dritten nur dann als unwiderruflich angesehen, wenn dieser dem Erbvertrage mit Zustimmung des Erblassers beigetreten ist. Die Zulässigkeit eines Erbvertrages, der einzig und allein eine Verfügung zugunsten des Dritten enthält, wird von der herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes nicht anerkannt. Vgl. im einzelnen hierzu Hellwig, S. 610—613.

Eingesetzten beeinträchtigen würden, steht ihm nicht mehr entgegen. Aus demselben Grunde wird eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers, die nach § 2289 Abs. 1 Satz 1 durch den Erbvertrag aufgehoben wurde, wieder wirksam, wie sich aus § 2258 Abs. 2 in Verbindung mit § 2279 Abs. 1 ergibt.

Da der Erbverzicht sich als ein Vertrag zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser darstellt, so können die eben angeführten Wirkungen auch dann erzielt werden, wenn der andere Kontrahent des Erbvertrages, der sich dem Bedachten gegenüber nicht als Erblasser darstellt, gestorben ist oder zu einem Aufhebungsvertrag nach B.G.B. § 2290 Abs. 1 seine Zustimmung verweigert[5]).

Die Auffassung, wonach bei vertragsmäßigen Zuwendungen beide Kontrahenten als Erblasser erscheinen[6]), der Erbverzichtsvertrag demnach zwischen den Vertragsschließenden einerseits und dem Verzichtenden andererseits abgeschlossen werden müßte, beruht m. E. auf einer Verkennung des Wesens des Erbvertrages. Das Erbrecht des bedachten Dritten gründet sich nicht auf ein Zusammenwirken der Parteien des Erbvertrages, sondern auf die Verfügung von Todes wegen, die der eine Kontrahent als Erblasser zugunsten des Dritten errichtet hat[7]).

Durch den Erbverzicht des Dritten wird allerdings die vertragsmäßige Bindung des Erblassers gegenüber dem Gegenkontrahenten des Vertrages beträchtlich gelockert, da es dem Erblasser freisteht, wenn ich so sagen darf, durch eine Hintertür die Testierfreiheit selbst gegen den Willen des anderen Kontrahenten zurückzugewinnen.

Die negative Wirkung für den Erblasser äußert sich nur beim zweiseitigen Erbvertrage zugunsten Dritter (§ 2298 Abs. 1 B.G.B.) Der Erbverzicht hebt, wie ich S. 40 d. A. zu zeigen versuchte, den Erbvertrag als Grundlage des vertragsmäßigen

[5]) Ebenso Strohal, S. 531 Ziff. 2.

[6]) So Wilke, Anm. 1 zu § 2352 S. 299.

[7]) Vgl. Hellwig, S. 599 f., 621 unten, 622. Ferner Planck-Ritgen, Anm. 3 b zu § 2352 S. 641. In der Folgerung, die Hellwig, S. 599, 600 aus dieser Konstruktion zieht, daß nämlich der Erbvertrag materiell in eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen und in einen vertragsmäßigen Ausschluß des Widerrufsrechtes zerfällt, vermag ich ihm nicht beizupflichten, vgl. auch Planck-Ritgen, Vorbemerkungen zum Erbvertrag S. 514.

Erbrechts nicht auf. Die vertragsmäßige Verfügung, durch die der Dritte bedacht ist, wird wirkungslos, da der Erbverzicht die Entstehung des vertragsmäßigen Erbrechts verhindert; aber sie wird nicht vernichtet. Hieraus ergibt sich aber, wie Helllwig S. 634 hervorhebt[8]), eine wichtige Konsequenz. Da nämlich die Verfügung des Erblassers[9]) bestehen bleibt, so bleibt auch die Verfügung des anderen Vertragschließenden unberührt. Die negative Wirkung des Verzichtes des Dritten für den Erblasser ist also, daß der Verzicht die Verfügung unberührt läßt, die der andere Vertragschließende etwa zu seinen Gunsten getroffen hat. Dadurch unterscheidet sich der Erbverzicht des Dritten von anderen Mitteln, durch die der Erblasser die durch den Erbvertrag gebundene Testierfreiheit zurückerlangen kann: von dem mit dem Gegenkontrahenten geschlossenen Aufhebungsvertrag und der Geltendmachung des etwa vorbehaltenen Rücktrittsrechts (B.G.B. § 2298 Abs. 2), durch die auch die zugunsten des Erblassers bzw. eines ihm nahestehenden Dritten getroffene Verfügung des Gegenkontrahenten aufgehoben wird.

Genau dasselbe wie bei dem Erbvertrag gilt beim korrespektiven Testament. Verzichtet hier der Dritte auf eine Zuwendung des Erblassers, so entfallen einerseits die Beschränkungen, die darin für den Erblasser lagen, andererseits bleiben jedoch die zu seinen Gunsten getroffenen korrespektiven Verfügungen des anderen Ehegatten bestehen, während nach § 2270 Abs. 1 ein Widerruf des Erblassers auch die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügungen des anderen Ehegatten zur Folge haben würde[10]).

Hellwig sagt S. 634: „Dieses Ergebnis ist sachlich wohl gerechtfertigt.“ Das wird allerdings oft der Fall sein. Will z. B. der im Vertrage eingesetzte Dritte auswandern und verzichtet gegen eine entsprechende Abfindung auf sein Erbrecht, so wäre es unbillig, wenn nun der Erblasser deswegen sein Erbrecht verlieren würde, das ihm der andere Kontrahent zu-

[8]) Ebenso Planck-Ritgen, Anm. 3b zu § 2352 S. 641; Endemann, § 64 Anm. 17 S. 275.

[9]) Unter Erblasser schlechthin verstehe ich hier denjenigen, der den Dritten bedacht und mit ihm den Erbverzichtsvertrag abgeschlossen hat.

[10]) So Hellwig, S. 634; Planck-Ritgen, Anm. 3b zu § 2352 S. 641; Jastrow, II S. 293.

gedacht hat. Aber der Erbverzicht kann hier auch zu Täuschungen des anderen Vertragsteils und zur Vereitelung des Zweckes des Erbvertrages oder des korrespektiven Testamentes mißbraucht werden[11]). Einer solchen Möglichkeit läßt sich vielleicht vorbeugen, wenn man annimmt, in gewissen Fällen folge aus den Umständen des konkreten Tatbestandes, daß die Unwirksamkeit der einen Verfügung infolge des Erbverzichtes auch die — an sich nicht eintretende — Unwirksamkeit der anderen nach sich ziehen solle. Dieser Notbehelf versagt jedoch, wenn der Erblasser den Erbverzichtsvertrag mit dem Dritten erst nach dem Tode des Vertragsgegners schließt, also nachdem dessen vertragsmäßige Verfügung bereits wirksam geworden ist. Eine nachträgliche Aufhebung dieser Verfügung würde als ein schwerer Eingriff in die Rechtssicherheit erscheinen und nicht anhängig sein. Die analoge Anwendung des § 2298 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. auf den Erbverzicht würde in gewissen Fällen sicherlich wünschenswert sein, erscheint mir jedoch de lege lata mit Rücksicht auf die scharfe begriffliche Scheidung zwischen dem Erbverzicht und den Verfügungen von Todes wegen ausgeschlossen.

Dieselbe Wirkung, die nach den bisherigen Ausführungen der Verzicht des durch den Erbvertrag eingesetzten Dritten für den Erblasser hat, zeigt sich im gemeinen Recht auch beim Erbverzicht des anderen Kontrahenten und auch nach B.G.B. beim Erbverzicht des anderen Ehegatten auf das im korrespektiven Testament Zugewendete. Auch hier hat der Erbverzicht neben der Beseitigung der die Testierfreiheit einengenden Beschränkung die Wirkung, daß die Verfügung des anderen Kontrahenten bzw. Ehegatten zugunsten des Erblassers bestehen bleibt[12]). Praktische Bedenken sind nicht vorhanden, da hier von einer Täuschung des anderen aktiv beim Erbverzicht beteiligten Vertragsteils nicht die Rede sein kann.

Es bleibt schließlich der Erbverzicht eines Pflichtteilsberechtigten in seiner besonderen Wirkung für den Erblasser zu betrachten, sei es, daß der Pflichtteilsberechtigte auf sein

[11]) Vgl. das Beispiel bei Jastrow, II S. 293 Anm. 3.

[12]) Der Erbverzicht unterscheidet sich ferner von dem einseitigen Widerruf dadurch, daß letzterer bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers nicht möglich ist. Vgl. einerseits § 2347 Abs. 2. und andererseits § 2271 Abs. 1 in Verbindung mit 2296.

gesetzliches Erbrecht und damit zugleich auf das Pflichtteilsrecht, sei es, daß er auf das Pflichtteilsrecht allein verzichte.

Durch den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht erfährt die Verfügungsfreiheit des Erblassers die stärkste Erweiterung. Denn wie in § 16 noch näher darzulegen ist, wird derjenige, der auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat, bei der Berechnung des Pflichtteils der übrigen Erben mitgezählt, so daß also der Verzicht auf den Pflichtteil ausschließlich dem Erblasser zugute kommt, und der Pflichtteil von anderen Pflichtteilsberechtigten nicht entsteht oder sich vergrößert, wie dies beim Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht des Pflichtteilsberechtigten der Fall ist[13]).

Im übrigen sind die Wirkungen des Verzichtes des Pflichtteilsberechtigten auf das gesetzliche Erbrecht oder das Pflichtteilsrecht für den Erblasser nach gemeinem Recht und B.G.B. die gleichen. Sie bestehen darin, daß freigebige Verfügungen des Erblassers unter Lebenden und Verfügungen des Erblassers von Todes wegen, mögen sie vor oder nach dem Verzicht des Pflichtteilsberechtigten getroffen sein, im Erbfalle Bestand haben und nicht wegen Verletzung des Pflichtteilsrechts hinfällig gemacht werden können. Die praktische Bedeutung, die hiernach der Verzicht des Pflichtteilsberechtigten für den Erblasser hat, zeigt sich nicht nur dann, wenn der Verzichtende beim Erbfalle leer ausgehen soll, weil er etwa schon bei Lebzeiten des Erblassers abgefunden worden ist. Auch wenn der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten beim Erbfalle bedenken will, kann ein Verzicht desselben — und in diesem Falle mag auch ein unentgeltlicher Erbverzicht eine Rolle spielen — für den Erblasser von weittragender Bedeutung sein. Folgendes Beispiel möge dies erläutern.

Eine der häufigsten Formen, in denen sich der letzte Wille kundtut, ist die, daß entweder der überlebende Ehegatte zum Vorerben und die gemeinschaftlichen Kinder zu Nacherben gemacht werden, oder aber der überlebende Ehegatte allein der Erbe des verstorbenen und die gemeinschaftlichen Kinder nur Erben des zuletzt Überlebenden sein sollen[14]). Hier haben es

[13]) Vgl S. 92 und 81 d. A.

[14]) Vgl. §§ 2100 und 2102 B.G.B. sowie § 2269 B.G.B.

Auch im gemeinen Recht waren beide Konstruktionen üblich. Vgl. Planck-Ritgen, Anm. 2 und 3 zu § 2269 B.G.B. S. 497.

die Kinder in der Hand, unter Berufung auf § 2306 Abs. 2 bzw. 2303 Abs. 1 ihren Pflichtteil zu fordern; dadurch erhalten sie sofort eine Geldsumme, was der verstorbene Elternteil gerade vermieden wissen wollte, andererseits ist dies auch alles, was sie aus dessen Erbschaft bekommen: Das Vermögen des verstorbenen Parens gelangt nun nach dem Tode des überlebenden Ehegatten an Personen, die zu bedenken jener nicht beabsichtigt hatte. Der Gefahr, daß sein letzter Wille derart entstellt werde, kann der Erblasser durch einen mit den Kindern geschlossenen Verzichtsvertrag auf ihr gesetzliches Erbrecht oder Pflichtteilsrecht vorbeugen.

VI. Die Wirkung des Erbverzichts für dritte Personen.

a) Die Wirkung auf die Erbfolge.

§ 15.

Im Abschnitt V haben wir gesehen, wie durch den Ausschluß des Verzichtenden von der künftigen Berufung für den Erblasser eine Erweiterung seiner Verfügungsfreiheit geschaffen wird. Jetzt soll uns die Frage beschäftigen, welche Wirkung der Erbverzicht für die Erbfolge dann hat, wenn der Erblasser von dieser Freiheit keinen Gebrauch macht. Der Tatbestand ist also folgender:

Der auf das Erbrecht[1]) Verzichtende scheidet aus der Reihe der künftigen Erben aus, aber der Erblasser setzt durch eine Verfügung von Todes wegen keinen anderen an seine Stelle.

Dann kann der Ausschluß des Verzichtenden von der künftigen Berufung zweierlei bewirken: entweder es wird jemand Erbe, der durch den Verzichtenden sonst von der Erbfolge ausgeschlossen gewesen wäre, oder jemand, der sonst

[1]) Der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein kann hier nicht in Frage kommen, da dieser wirkungslos wird, wenn der Erblasser keine Verfügung von Todes wegen trifft. Vgl. S. 49 d. A.

neben dem Verzichtenden geerbt hätte, erhält einen größeren Teil. Diese Wirkung tritt ein als notwendige Folge des durch die Verfügung des Verzichtenden geschaffenen Zustandes. Es wäre unrichtig und nur aus der verkehrten Auffassung des Erbverzichts als einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen zu erklären, wollte man in dieser gesetzlichen Wirkung eine Anordnung des Erblassers sehen, durch die er über den freiwerdenden Erbteil des Verzichtenden zugunsten anderer Erben verfügte.

Der Erbverzicht eines Erben auf das gesetzliche Erbrecht kommt den gesetzlichen Erben zugute, die er entweder ausgeschlossen hatte[2]), oder die bereits neben ihm berufen gewesen waren, und deren Erbteil sich nun entsprechend erhöht[3]).

Dasselbe ist der Fall, wenn jemand als einziger eingesetzter Erbe auf sein testamentarisches oder vertragsmäßiges Erbrecht verzichtet.

Hatte der Erblasser dagegen durch Verfügung von Todes wegen mehrere Erben eingesetzt, und verzichtet nun einer der eingesetzten Erben auf sein testamentarisches oder vertragsmäßiges Erbrecht, so haben wir zwischen B.G.B. und gemeinem Recht zu unterscheiden.

Nach B.G.B. wird man auch hier daran festhalten müssen, daß an die Stelle des Verzichtenden grundsätzlich die gesetzlichen Erben treten[4]). Und nur, wenn mehrere Erben in der Weise eingesetzt sind, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließen[5]) (§ 2094 Abs. 1), oder wenn durch die Erbeinsetzung nur über einen Teil der Erbschaft verfügt ist, und die eingesetzten Erben nur auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzt sind (§ 2094 Abs. 2), dann wächst der Erbteil des Verzichtenden den übrigen eingesetzten Erben nach Verhältnis

[2]) z. B. jemand verzichtet für sich allein und schließt eine Erstreckung des Erbverzichts auf seine Abkömmlinge aus.

[3]) Das B.G.B. gebraucht hier nicht den Ausdruck „Anwachsung", wie das gemeine Recht, sondern „Erhöhung". (Vgl. § 1935 BGB.)

[4]) Dies ist die praktische Folge aus der Tatsache, daß das Erbrecht des Dritten als notwendige Konsequenz des durch den Verzicht geschaffenen Zustandes und nicht als Wirkung einer Verfügung des Erblassers erscheint, wonach der Erbteil des Verzichtenden seinen Miterben zugute kommen solle.

[5]) Wann dies der Fall ist, ist Frage der Auslegung des Testaments.

ihrer Erbteile — im Zweifel (§ 2094 Abs. 3) — an[6]). Befinden sich unter den eingesetzten Erben auch die gesetzlichen Erben, jedoch unter Einsetzung auf den Pflichtteil, dann gelten sie nach B.G.B. § 2304 im Zweifel nicht als Erben; der Erbverzicht kann ihren Erbteil also hier nach den Grundsätzen über die Anwachsung nicht erhöhen. Diese im B.G.B. für den Verzicht auf das testamentarische Erbrecht geltenden Bestimmungen kommen nach § 2279 Abs. 1 B.G.B. auch beim Verzicht auf das vertragsmäßige Erbrecht zur Anwendung.

Hatte der Erblasser hinter dem Verzichtenden einen Ersatzerben (§ 2096) oder einen Nacherben, der im Zweifel ja als Ersatzerbe gilt (§ 2102 Abs. 1), eingesetzt, so kommt diesem in erster Linie der Erbverzicht zugute; er schließt das Einrücken gesetzlicher Erben bzw. eine Erhöhung ihres Erbteils ebenso aus wie das Anwachsungsrecht testamentarischer oder vertragsmäßiger Erben. Vgl. § 2099 in Verbindung mit § 2279 Abs. 1.

Kam nach B.G.B. der Verzicht auf das testamentarische oder vertragsmäßige Erbrecht grundsätzlich den gesetzlichen Erben zugute, so gelangen wir wenigstens für den Verzicht auf das testamentarische Erbrecht nach gemeinem Recht zu dem entgegengesetzten Ergebnisse. Nach dem Satze: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest"[7]) konnte neben einer testamentarischen Sukzession die gesetzliche Erbfolge nicht eintreten. Eine Folge dieses Satzes war, daß dann, wenn ein Testamentserbe wegfiel, und ihm kein Substitut bestellt war, sein Anteil den übrigen im Testament eingesetzten Erben anwuchs. Verzichtet also ein Testamentserbe auf sein Erbrecht, so kommt dies stets nur den neben ihm berufenen Testamentserben zugute. Doch diese Wirkung des Erbverzichts auf die Erbfolge gilt auch nach gemeinem Recht nur für das testamentarische Erbrecht. Handelt es sich dagegen um einen Erbvertrag, so gelangt der Satz: „nemo pro parte testatus, pro

[6]) Ebenso Planck-Ritgen, Anm. 2 zu § 2352 S. 640; Endemann, § 64 S. 274 Anm. 15.

[7]) Für die Geltung des Satzes: „nemo pro parte testatus . . . . . " im gemeinen Recht die überwiegende Mehrzahl der gemeinrechtlichen Juristen. Vgl. Windscheid-Kipp, § 537 Anm. 7 S. 213; Köppen, Anm. 54 S. 289; Hartmann, S. 63 Anm. 1. — Dernburg, III § 57 S. 101.

parte intestatus decedere potest“ nicht zur Anwendung, und es tritt hinsichtlich des Teiles des Nachlasses, über den der Erblasser nicht verfügt hat, die gesetzliche Erbfolge ein[8]). Hat der Erblasser über seinen Nachlaß oder über einen Teil seines Nachlasses durch Vertrag verfügt, und verzichtet einer der mehreren nicht auf einen gemeinschaftlichen Erbteil eingesetzten Vertragserben auf sein Erbrecht, so fällt dessen Anteil an die gesetzlichen Erben, soweit sich nicht aus dem Erbvertrag ergibt, daß der Erblasser diese überhaupt ausschließen wollte.

b) Die Wirkung des Erbverzichts auf das Pflichtteilsrecht Dritter.

§ 16.

Ganz analog wie die Verhinderung der Entstehung des Erbrechts des Verzichtenden eine Erweiterung oder Neubegründung des Erbrechts anderer zur Folge hat, so könnte der Ausschluß des Pflichtteilsrechts durch Erbverzicht ein fremdes Pflichtteilsrecht erweitern oder überhaupt erst zur Geltung bringen, je nachdem man bereits vorher pflichtteilsberechtigt war oder vom Pflichtteilsrecht durch den Verzichtenden ausgeschlossen wurde. In Betracht kommt also naturgemäß bei Behandlung unserer Frage von vornherein nur der Verzicht eines Pflichtteilsberechtigten, und zwar sowohl der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, der das Pflichtteilsrecht in sich begreift, wie der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein.

I.

Zunächst sei die Frage erörtert: Welche Wirkung hat der Verzicht des Pflichtteilsberechtigten auf das gesetzliche Erbrecht für die, welche neben ihm pflichtteilsberechtigt waren? Unter dieser Fassung verbirgt sich die berühmte Streitfrage des gemeinen Rechts: Wird der Verzichtende bei Berechnung des Pflichtteils der übrigen Kinder mitgezählt?

[8]) So die Romanisten selbst. Vgl. Köppen, S. 289 Anm. 54; Windscheid-Kipp, § 537 S. 213 Anm. 8, ferner alle Germanisten. Vgl. z. B. Beseler, II, 1 S 279, 280; Albrecht, S. 339.

Über den Stand der Meinungen im gemeinen Recht erhält man einen erschöpfenden Überblick bei Glück, VII S. 133 ff. Ich gehe hier nicht auf die Ansichten derer ein, die unsere Frage verschieden behandeln wollen, je nachdem der Verzicht entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, oder die beim Verzicht gegen eine Abfindung weiter unterscheiden wollen, ob durch die Hinzuzählung des Pflichtteils des Verzichtenden der Pflichtteil der übrigen vergrößert oder verkleinert werden würde[1]).

Die Mehrzahl der gemeinrechtlichen Juristen ließ alle diese Unterscheidungen fallen[2]) und faßte unsere Frage einheitlich auf. Das Ergebnis, zu dem Glück und mit ihm die herrschende Meinung des früheren gemeinen Rechts kommt und kommen mußte, ist die Mitzählung des Verzichtenden bei der Berechnung des Pflichtteils der übrigen Pflichtteilsberechtigten. Ich sage „kommen mußte": denn dieses Resultat ist die logische Folge jener Meinung, wonach der Verzichtende Erbe wird und erst als solcher verpflichtet ist, der Erbschaft zu entsagen[3]). Auch von Albrecht, S. 349 wird diese Ansicht vertreten, was ganz damit übereinstimmt, daß er im Grunde ein Anhänger der obligatorischen Wirkung des Erbverzichtes ist. Mit Recht bezeichnet er die entgegengesetzte Meinung als eine Konsequenz der von Beseler vertretenen Lehre von der unmittelbaren Wirkung des Erbverzichts, wonach der Verzichtende überhaupt nicht Erbe wird[4]). Im Gegensatz zu Albrecht jedoch, der hieraus den Schluß zog, daß die Beselersche Ansicht falsch ist, folgt vielmehr aus der Richtigkeit von Beselers Auffassung auch die Richtigkeit der Konsequenz. Der Einwand Albrechts, daß nicht „dem Erbverzicht, als einer res inter alios gesta, ein,

[1]) Vgl. Glück, VII S. 133, 134.

[2]) Vgl. Glück, a. a. O. S. 150.

[3]) Ebenso zählt das A.L.R. II, 2 § 488 den Verzichtenden mit. Im Gegensatz hierzu kommt nach den E. d. Ob.Trib., Bd. 38 S. 209, 210 (E. v. 1. 3. 1858), der „vermöge der Abschichtung statutarrechtlich von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossene Erbe bei der Berechnung des Pflichtteils nicht in Betracht". Zu dieser verschiedenen Behandlung des Erbverzichts und der Abschichtung s. S. 23 d. A.

[4]) Albrecht, S. 341 heißt es: „Danach nämlich würde der Renunziant im Augenblick des Todes des Erblassers als gar nicht vorhanden in betreff der Erbfolge betrachtet werden müssen, daher u. a. bei Berechnung des Pflichtteils der anderen Erben nicht berücksichtigt werden dürfen."

wenigstens unter Umständen, verkürzender Einfluß auf das Recht anderer gestattet werden dürfe“ [5]), scheint doch wohl unbegründet. Zunächst wird gerade in der Mehrzahl der Fälle die Nicht-Mitzählung des Verzichtenden bei der Berechnung des Pflichtteils der übrigen einen erweiternden Einfluß auf deren Recht haben und dieses nur dann verkürzen, wenn ohne den Verzichtenden vier Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind[6]). Aber selbst in diesem Falle kann nach der hier vertretenen Ansicht von einem unzulässigen Einfluß auf das Recht anderer nicht die Rede sein, weil in dem Augenblick des Abschlusses des Erbverzichtsvertrages von einem Recht des Pflichtteilserben noch nicht die Rede ist. Die Durchführung der Auffassung, daß der Verzichtende überhaupt nicht Erbe wird, fordert also, daß der Verzichtende bei der Bemessung des Pflichtteils der anderen nicht mitgezählt wird, ein Ergebnis, dem keinerlei juristische Bedenken anhaften[7]).

Zu dem entgegengesetzten Resultate gelangt man beim Verzichte auf das Pflichtteilsrecht allein. Bereits auf S. 49 d. A. haben wir gesehen, daß ein solcher Verzicht die Entstehung des gesetzlichen Erbrechts des Verzichtenden nur dann hindert, wenn der Erblasser den Verzichtenden durch Verfügung von Todes wegen von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen hat. Da der Pflichtteil nun im gemeinen Recht pars portionis ab intestato ist, so muß zur Feststellung des Pflichtteils die Intestatportion des Pflichtteilsberechtigten ermittelt werden, d. h. diejenige Portion, die der Pflichtteilsberechtigte erhalten würde, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre. In diesem letzteren Falle würde aber derjenige, der auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat, als gesetzlicher Erbe zur Erbfolge gelangen: mithin ist er bei der Berechnung der Größe der Intestatportion und damit des Pflichtteils mitzuzählen. Sein Verzicht erhöht das Pflichtteilsrecht seiner Miterben nicht, es sei denn, daß ohne ihn vier Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind.

[5]) So Albrecht, S. 349.

[6]) Dies folgt aus der Bestimmung der Nov. 18, wonach der Pflichtteil $^1/_3$ der Intestatportion beträgt, wenn diese mindestens $^1/_4$ des Nachlasses ausmacht; ist die Intestatportion geringer als ein Viertel des Nachlasses, so erhöht sich der Pflichtteil auf die Hälfte der Intestatportion.

[7]) So für das gemeine Recht Franke, S. 216, 217; Mühlenbruch, 35 S. 265; Beseler, II, 2 S. 253; Dernburg, § 150 S. 294 lit. a.

In der Literatur des gemeinen Rechts ist die Frage nach der Wirkung des Verzichts auf das Pflichtteilsrecht für die Berechnung der Größe der übrigen Pflichtteilsrechte meines Wissens nicht besonders aufgeworfen worden. Eine Handhabe dafür, daß die Wissenschaft des gemeinen Rechts zu der gleichen Entscheidung gekommen wäre, bietet jedoch ihre Stellung zu der Frage nach der Mitzählung des gültig Enterbten. Der Bejahung dieser Frage im gemeinen Recht liegt der gleiche Gedankengang zugrunde, der eben zur Mitzählung des auf sein Pflichtteilsrecht Verzichtenden geführt hat, und der in dem Satze gipfelt: Bei Berechnung der Höhe des Pflichtteils sind alle die Personen mitzuzählen, die zur gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, wenn kein Testament vorhanden wäre[8]).

Das B.G.B. ordnet in § 2310 Satz 2 an:

„Wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wird nicht mitgezählt."

Damit ist durch positive Gesetzesvorschrift die Wirkung, die der Verzicht des Pflichtteilsberechtigten auf das gesetzliche Erbrecht für die neben ihm berufenen Pflichtteilsberechtigten hat, dahin bestimmt, daß er ihre Pflichtteilsquote vergrößert. Die Einschränkung, die wir im gemeinen Recht machen mußten[9]), fällt hier fort.

Die gleiche Wirkung äußert sich, wenn der Tatbestand des § 2316 Abs. 1 B.G.B. vorliegt, wenn also mehrere Abkömmlinge vorhanden sind, und unter ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers zur Ausgleichung zu bringen sein würde. Nach § 2316 Abs. 1 Satz 2 bleibt ein Abkömmling, der durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, bei der Berechnung des Pflichtteils hier außer Betracht. Die Wirkung, die hiernach der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht für das Pflichtteilsrecht der neben dem Verzichtenden berufenen Abkömmlinge[10]) hat, mag durch folgendes Beispiel dargetan werden:

[8]) So Franke, S. 212 Ziff. 1; Dernburg, III S. 294 lit. a.

[9]) Vgl. S. 80 Anm. 6 d. A.

[10]) Andere Pflichtteilsberechtigte kommen hier im Gegensatze zu dem Falle des § 2310 B.G.B. nicht in Betracht, da auf sie der § 2316 B.G.B. überhaupt keine Anwendung findet.

Der Nachlaß betrage 29000 Mark; als Erbe ist ein heres extraneus berufen, während die drei Söhne des Erblassers A.B.C. auf den Pflichtteil gesetzt sind. A. hat 1000 Mark voraus empfangen, die er im Falle der gesetzlichen Erbfolge zur Ausgleichung bringen müßte. Im Normalfalle würden sich hier die Pflichtteile der Söhne folgendermaßen berechnen lassen[11]):

Der Pflichtteil des A. beträgt

$$\frac{1}{2} \cdot \left(\frac{29000 + 1000}{3} - 1000 \right) = 4500$$

der des B.

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{29000 + 1000}{3} = 5000$$

der des C.

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{29000 + 1000}{3} = 5000$$

Verzichtet jetzt C. auf sein gesetzliches Erbteil, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Der Pflichtteil der allein noch pflichtteilsberechtigten Söhne A. und B. erhöht sich folgendermaßen:

A. erhält:

$$\frac{1}{2} \cdot \left(\frac{29000 + 1000}{2} - 1000 \right) = 7000$$

B. bekommt:

$$\frac{1}{2} \cdot \frac{29000 + 1000}{2} = 7500$$

Hat C., was als Regelfall zu vermuten ist, für seinen Erbverzicht eine Abfindung erhalten, so kommt diese nach der Bestimmung des § 2316 Abs. 1 Satz 2 ebensowenig wie der Verzichtende bei der Berechnung in Betracht[12]).

Die Nichtberücksichtigung desjenigen, der auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, in §§ 2310 und 2316 B.G.B. be-

[11]) Vgl. § 2055 B.G.B. und Strohal, S. 474 Ziff. 2; Dernburg, B.R. S. 328 Ziff. III.

[12]) Die Berücksichtigung einer Abfindung bei der Ausgleichungspflicht des § 2316 würde übrigens auch deshalb ausgeschlossen sein, weil in einer derartigen Abfindung eine an sich nach §§ 2050, 2051 B.G.B. ausgleichungspflichtige Zuwendung in der Regel nicht zu sehen ist.

ruht auf praktischen Erwägungen. Man ging davon aus, daß der Erbverzicht regelmäßig gegen eine Abfindung erfolgt. Wollte man nun noch den Verzichtenden mitzählen, so würde die Pflichtteilsquote der anderen Pflichtteilsberechtigten nicht nur durch die ihm gewährte Abfindung, sondern auch durch seine Berücksichtigung bei der Berechnung des Pflichtteils geschmälert werden[13]).

Mit dieser Anordnung macht das B.G.B. eine Ausnahme von dem Grundsatz, der im übrigen in den §§ 2310, 2316 B.G.B. gilt, daß nämlich „jeder Pflichtteilsberechtigte nur einen Anspruch auf den Wert der Hälfte desjenigen Erbteiles habe, der ihm bei dem unveränderten Eintritte der gesetzlichen Erbfolge zukomme“[14]). Als eine Schlußfolgerung aus diesem Grundsatz ergibt sich die Mitzählung des erbunwürdigen, des die Erbschaft ausschlagenden und des durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten. Nicht eine juristische Verschiedenheit des Erbverzichts von den eben genannten drei Fällen, sondern lediglich praktische Gesichtspunkte erklären die abweichende Behandlung des Erbverzichts in den §§ 2310 und 2316 B.G.B. Mit der prinzipiellen Erwägung, daß der Verzichtende überhaupt nicht Erbe wird, kann man hier nicht operieren. Denn von diesem Gesichtspunkt aus dürften der Erbunwürdige und der die Erbschaft Ausschlagende (vgl. §§ 1953 Abs. 1 u. 2 und 2344 B.G.B.) auch nicht mitgezählt werden.

Auch nach B.G.B. §§ 2310, 2316 ist derjenige, der nicht auf sein gesetzliches Erbrecht, sondern nur auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet hat, bei der Feststellung des für die Berechnung des Pflichtteils maßgebenden Erbteils mitzuzählen; er vergrößert also den Pflichtteil der neben ihm vorhandenen

[13]) So die Protokolle II S. 7658 bei Mugdan, S. 778. Ebenso Dernburg, B.R. S. 319 § 114; Endemann, S. 589 Anm. 12; Planck-Ritgen, Anm. 1 zu § 2310 S. 578. Vgl. auch den Antrag 5 in den Protokollen II S. 7656 bei Mugdan, S. 777 unten.

Genau die entgegengesetzte Regelung trifft das sächsische B.G.B. in den §§ 2571, 2572. Welche Erwägungen hierfür maßgebend waren, ist mir allerdings unverständlich.

[14]) So die Protokolle II S. 7497 bei Mugdan, S. 777. Vgl. auch Motive V S. 403, 404.

Pflichtteilsberechtigten nicht, sondern erweitert lediglich die Testierfreiheit des Erblassers[15]). Dieses Ergebnis, das auch der Natur des Verzichtes auf das Pflichtteilsrecht entspricht, folgt bereits aus dem Wortlaute des Gesetzes, das nur von dem Verzichte auf das gesetzliche Erbrecht spricht. Mit Rücksicht darauf, daß die Stellung des Verzichtes auf das gesetzliche Erbrecht in den §§ 2310 und 2316, wie wir gesehen haben, eine Ausnahme von dem hier obwaltenden Prinzip bedeutet, verbietet sich eine analoge Anwendung auf den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht.

II.

Die Wirkung des Verzichtes des Pflichtteilsberechtigten für diejenigen Pflichtteilsberechtigten, die durch ihn von dem Pflichtteilsrechte ausgeschlossen waren.

Bei der Behandlung unserer Frage nach gemeinem Recht möchte ich mich recht kurz fassen: Zu ihrer Beantwortung ist es nötig, die Grundsätze des römischen Pflichtteilsrechtes analog auf den Erbverzicht anzuwenden, auf den sie von vornherein nicht zugeschnitten sind.

Verzichtet nach gemeinem Recht ein Pflichtteilsberechtigter, durch den andere Pflichtteilsberechtigte ausgeschlossen wurden, auf das gesetzliche Erbrecht oder Pflichtteilsrecht, so kommt das eigentümliche Institut der successio in querelam zur Geltung. Infolge dieser successio kann der nächste Pflichtteilsberechtigte die querela inofficiosi testamenti erheben, wenn der, durch den er vorher ausgeschlossen wurde, die querela nicht erheben kann oder will[16]). Damit schlägt die successio in querelam eine Bresche in den Grundsatz, daß nur der pflichtteilsberechtigt ist, der in concreto nächster Intestaterbe wäre, wenn der Erblasser ohne letztwillige Verfügung gestorben sein würde[17]). Sie gelangt zur Anwendung, auch ohne daß diese Voraussetzung erfüllt ist. Daraus folgt aber weiter, daß hier ein Unterschied zwischen

[15]) Übereinstimmend Strohal, § 51 S. 439, 2 d; Dernburg, B.R. § 114 S. 319; Frommhold, Anm. 2 zu § 2310 S. 278; Staudinger-Herzfelder, Anm. B zu § 2310 S. 653 u. a. m.

[16]) s. l. 31 pr. D. de inofficioso testamento 5, 2. Dernburg, III § 147 S. 289 Ziff. 1.

[17]) Vgl. Dernburg, III § 149 S. 293 Ziff. 2.

dem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht und dem auf das Pflichtteilsrecht nicht zu machen ist, obwohl beim Verzichte auf das Pflichtteilsrecht der Verzichtende ohne die letztwillige Verfügung gesetzlicher Erbe wäre und dann die nach ihm Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde. Verzichtet ein Abkömmling des Erblassers, der Kinder hat, so kann die Frage, ob nun ein Pflichtteilsrecht dieser zur Geltung kommt, nach der hier auch für das gemeine Recht vertretenen Ansicht nur dann praktisch werden, wenn die Erstreckung der Wirkung des Verzichtes auf die Abkömmlinge des Verzichtenden ausgeschlossen worden ist. Die Entscheidung hängt davon ab, ob es bei der successio in querelam eine successio graduum gibt. Man wird diese Frage hier ebenso bejahen müssen, wie man dies im späteren gemeinen Recht ganz überwiegend bei der Intestat-Sukzession getan hat[18]). Hat der verzichtende Abkömmling keine weiteren Nachkommen, so kommt das Pflichtteilsrecht der Aszendenten und zugleich[19]) das der vollbürtigen Geschwister, denen eine turpis persona vorgezogen worden ist, zur Geltung; hinter ihnen das der halbbürtigen Geschwister, wenn sie von demselben Vater erzeugt sind, und ihnen eine turpis persona vergezogen worden ist.

Endlich sei erwähnt, daß auch der Verzicht eines nicht Pflichtteilsberechtigten auf das gesetzliche Erbrecht im gemeinen Recht das Pflichtteilsrecht eines durch ihn ausgeschlossenen pflichtteilsberechtigten Erben zur Geltung bringen kann (z. B. der Verzicht des vollbürtigen Neffen auf das gesetzliche Erbrecht das Pflichtteilsrecht der Halbgeschwister vom Vater[20]).

Nach B.G.B. sind bei der Erörterung unserer Frage zwei Gesichtspunkte zu berücksichtigen. Einmal handelt es sich darum, daß durch den Erbverzicht eines Pflichtteilsberechtigten das Pflichtteilsrecht eines Berechtigten, der durch den Verzichtenden ausgeschlossen war, überhaupt zur Geltung gebracht wird: ferner kommt es darauf an, inwieweit diese Wirkung des Erbverzichtes durch eine Zuwendung des Erblassers an den Verzichtenden beeinflußt wird.

[18]) Vgl. S. 55 d. A.; Mühlenbruch, 35 S. 480 a. E.; Franke, S. 281.

[19]) Was allerdings bestritten wird; s. Windscheid-Kipp, § 579 Anm. 8 S. 377.

[20]) Vgl. Windscheid-Kipp, a. a. O.

Zunächst sei das Anwendungsgebiet umgrenzt, auf dem unsere Frage überhaupt praktisch werden kann.

Neben dem Ehegatten, von dem wir hier absehen, weil durch ihn ebensowenig jemand vom Pflichtteil ausgeschlossen wird, wie er von einem anderen, sind die nächsten Pflichtteilsberechtigten die unmittelbaren Abkömmlinge. Durch sie werden die entfernteren Abkömmlinge vom Pflichtteilsrecht ausgeschlossen. Das Vorhandensein von Abkömmlingen überhaupt hindert, daß das Pflichtteilsrecht der Eltern zur Geltung kommt. Die Wirkung des Erbverzichtes, die uns jetzt beschäftigen soll, kommt also zum Ausdruck nur beim Erbverzicht eines Abkömmlings. Unsere Frage lautet demnach in konkreter Fassung: Welche Wirkung hat der Erbverzicht eines Abkömmlings auf das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge, bzw., wenn solche nicht in Betracht kommen, auf das Pflichtteilsrecht der Eltern des Erblassers? Der Erbverzicht erstreckt sich nach § 2349 B.G.B. im Zweifel auch auf die entfernteren Abkömmlinge, so daß sie ein Pflichtteilsrecht an Stelle ihres Parens nur erlangen können, wenn dieser ausdrücklich die Erstreckung des Verzichtes auf sie ausgeschlossen hat.

Nach § 2350 Abs. 2 B.G.B. gilt der Verzicht eines Abkömmlings auf das gesetzliche Erbrecht im Zweifel nur zugunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers. Werden diese also nicht Erben, so wird der Erbverzicht im Zweifel hinfällig. Werden die Abkömmlinge aber Erben, so schließen sie ein etwaiges Pflichtteilsrecht der Eltern aus. Ein Pflichtteilsrecht der Eltern des Erblassers kann durch den Erbverzicht eines Abkömmlings von vornherein also nur entstehen, wenn keine Abkömmlinge sonst vorhanden sind, und entweder der Ehegatte Erbe wird, oder die Eltern des Erblassers nachweisen können, daß der Erbverzicht des verzichtenden Abkömmlings absolut gelten will, daß § 2350 Abs. 2 in dem konkreten Falle also nicht zur Anwendung gelangt[21]). In den folgenden Ausführungen gelten die Voraussetzungen als erfüllt, unter denen ein Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers nach dem eben Gesagten an und für sich entstehen könnte.

[21]) Vgl. hierzu Strohal, § 50 III S. 428, 429 und V. S. 437, 438; Dernburg, B.R. § 109 S. 303 Anm. 5; Planck-Ritgen, Anm. II, 2 zu § 2309 S. 576.

Die Wirkung auf das Pflichtteilsrecht der Eltern und entfernteren Abkömmlinge des Erblassers ist eine verschiedene, je nachdem ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht oder nur auf das Pflichtteilsrecht vorliegt.

Nach Strohal hat ein Verzicht des nächststehenden Abkömmlings auf das gesetzliche Erbrecht die Folge, daß nun das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern zur Geltung kommt, und zwar „gleichgültig, ob der verzichtende Abkömmling infolge einer vom Erblasser getroffenen Verfügung von Todes wegen aus dem Nachlaß etwas erhält oder nicht“[22]).

Damit kämen wir zu dem Ergebnis: wenn jemand seinem einzigen Sohn den Pflichtteil hinterläßt, so kann er über den übrigen Nachlaß frei verfügen. Hatte aber der Sohn auf sein Erbrecht verzichtet, erhält jedoch von seinem Vater durch Abfindung unter Lebenden oder durch Verfügung von Todes wegen weit mehr als sein Pflichtteil beträgt, so kann der Vater über den Rest seines Vermögens nicht frei von Todes wegen verfügen: denn seine Eltern sind jetzt pflichtteilsberechtigt.

Diese Erklärung Strohals kann nur dann richtig sein, wenn § 2309 B.G.B. im Falle eines Verzichtes auf das gesetzliche Erbrecht nicht zur Anwendung gelangt. Denn in § 2309 heißt es:

„Entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers sind insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.“ Hiernach müßte der Pflichtteil der Eltern und der entfernteren Abkömmlinge um den Wert dessen gemindert werden, was der verzichtende Abkömmling aus dem Nachlaß erhalten hat.

Planck[23]) begründet die entgegengesetzte Auffassung folgendermaßen:

„Es kommt nur ein solcher (näherer) Abkömmling in Betracht, welcher bei der gesetzlichen Erbfolge den entfernteren Abkömmlingen, deren Pflichtteilsrecht in Frage steht, bzw. den Eltern vorgehen, mithin sie von der Erbfolge ausschließen würde.

[22]) So Strohal, Pflichtteilsrecht S. 37a und Erbrecht S. 429; ebenso Planck-Ritgen, II, 2 zu § 2309 S. 577; Küntzel, S. 450.

[23]) So Planck, Anm. I, 2a zu § 2309 S. 575.

Dabei ist die gesetzliche Erbfolge so zu denken, wie sie sich in dem betreffenden Einzelfalle gestaltet. Ein Abkömmling, der durch Erbverzicht oder durch Erbunwürdigkeit seinerseits von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, kommt daher nicht in Betracht . . .“ Das scheint mir aber nicht der Sinn des § 2309 und die Absicht des Gesetzgebers zu sein. Der § 2309 enthält eine Einschränkung des Grundsatzes, daß entferntere Abkömmlinge und Eltern pflichtteilsberechtigt sind, wenn sie die nächsten gesetzlichen Erben sind. Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern folgt also nicht etwa aus § 2309 B.G.B., sondern aus § 2303, und wird in § 2309 als bereits vorhanden vorausgesetzt[24]). Damit das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern zur Geltung kommen könne, müssen nach § 2303 zwei Bedingungen erfüllt sein:

1. Die entfernteren Abkömmlinge und Eltern müssen selbst durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen sein;

2. sie müssen, wenn der Erblasser eine Verfügung von Todes wegen nicht getroffen hätte, die nächsten gesetzlichen Erben sein. Dies sind sie an sich nach §§ 1924 Abs. 2, 1925 Abs. 1, 1930 B.G.B. nicht. Es müssen also diejenigen Pflichtteilsberechtigten, die sie nach diesen Paragraphen ausschließen würden, weggefallen sein, sei es durch Tod, sei es durch rechtswirksame Enterbung, Ausschlagung, Erbunwürdigkeitserklärung oder Erbverzicht. Dann kommt nach § 2303 das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge bzw. Eltern zur Geltung.

Dem § 2309 liegt also folgender Tatbestand zugrunde: Eigentlich müßten die entfernteren Abkömmlinge und Eltern nach § 2303 den ungeschmälerten Pflichtteil bekommen. Denn sie sind durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen und wären ohne die Verfügung von Todes wegen die nächsten gesetzlichen Erben, da diejenigen, die sie kraft Gesetzes ausschließen würden, weggefallen sind. Sie erhalten aber den Pflichtteil nicht oder nur geschmälert, weil eine dieser Personen, die sie auf Grund der §§ 1924 Abs. 2, 1925 Abs. 1, 1930 von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde das

[24]) Dernburg, B.R. § 109 S. 303 Anm. 4.

bedeuten die Worte „im Falle der gesetzlichen Erbfolge“ —[25]), den Pflichtteil verlangen kann, oder das ihr Hinterlassene annimmt[26]).

Der Erbverzicht auf das gesetzliche Erbrecht eines Abkömmlings fällt also ebenso wie die Ausschlagung und die rechtsgültige Enterbung unter § 2309 B.G.B.[27]). Denn „man darf nicht sagen, der Verzichtende sei überhaupt kein Abkömmling, der die Entfernteren im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde: er würde es doch kraft Gesetzes tun, wenn nicht eben der Verzicht im Wege stände.“[28]) Daß diese Auslegung der Absicht des Gesetzgebers entspricht, erhellt aus den Protokollen II S. 7487[29]): „Die Protokolle ergeben . . ., daß der Ausschlagung später die anderen Tatsachen (Erbverzicht, Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge) gleichgestellt worden sind, vermöge deren der Pflichtteilsberechtigte als gesetzlicher Erbe in Fortfall kommt. In allen diesen Fällen soll ein Pflichtteilsrecht für den entfernteren gesetzlichen Erben nicht bestehen, wenn der nähere Erbe wegen seines Pflichtteilsrechtes in dem Pflichteilsanspruche oder in den ihm gemachten Zuwendungen seine Befriedigung erhalten hat.“[30])

Daß in den §§ 2310, 2316 B.G.B. dem Erbverzicht eine von der Ausschlagung und dem Ausschluß durch letztwillige Verfügung verschiedene Stellung zugewiesen wird, rechtfertigt nicht die gleiche Annahme für § 2309. In den §§ 2310, 2316 handelt es sich, wie wir gesehen haben, um praktische Erwägungen, die nur auf den Fall zutreffen, daß neben dem Verzichtenden Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind. Nichts spricht aber dafür, deshalb auch in § 2309, wo durch den Verzichtenden das Pflichtteilsrecht anderer Erben ausgeschlossen worden war, dem Erb-

[25]) Ebenso bedeuten die Worte „im Falle der gesetzlichen Erbfolge“ in § 2316 Abs. 1 B.G.B. wie hier: „nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Erbfolge“.

[26]) Ebenso Staudinger-Herzfelder, Anm. II S. 648 zu § 2309.

[27]) Das gleiche gilt nach der hier vertretenen Auffassung von der Erbunwürdigkeitserklärung (vgl. auch ihre der Ausschlagung durchaus entsprechende Wirkung, §§ 2344, 1953).

[28]) So treffend Kipp bei Windscheid, Zus. I, 2 zu § 593 S. 418.

[29]) Bei Mugdan, S. 775.

[30]) Der Zweck dieser Regelung ist, daß „demselben Stamme nicht zweimal ein Pflichtteil gewährt werde“, so die Motive V S. 401 unten.

verzicht eine besondere Behandlung zuzuweisen, eine Behandlung, die zu einem praktisch unerfreulichen, durch die Fassung des § 2309 nicht gebotenen und dem ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers widersprechenden Ergebnis führen würde.

Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht fällt also unter § 2309 B.G.B. Den Vorwurf muß man m. E. allerdings dem § 2309 machen, daß er diesen richtigen Grundgedanken nicht klar zu Ende gedacht hat. Nach § 2309 B.G.B. wird das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern insoweit ausgeschlossen oder geschmälert, als der verzichtende Abkömmling . . . „das ihm Hinterlassene annimmt". Diese Ausdrucksweise ist schief und fordert zu Mißverständnissen heraus. Versteht man darunter Zuwendungen von Todes wegen aus dem Nachlasse[31]) — und dies ist zweifellos die Bedeutung, die der Sprachgebrauch mit dem Wort „hinterlassen" verbindet — so ist eine Anwendung des § 2309 auf die meisten Fälle des Erbverzichts illusorisch gemacht. Hat der Verzichtende nämlich eine Abfindung unter Lebenden erhalten, so würde das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern dadurch nicht berührt werden, wie groß die Abfindung auch gewesen sein mag. Damit aber würde dem Prinzipe, das dem § 2309 B.G.B. zugrunde liegt[32]), schlecht gedient sein. Man muß deshalb m. E. analog den § 2309 auch auf solche Zuwendungen ausdehnen, die der Erblasser durch Verfügung unter Lebenden dem Verzichtenden gemacht hat, und die von diesem angenommen worden sind.

Der Verzicht des (nächsten) Abkömmlings auf das gesetzliche Erbrecht bewirkt also nach der hier vertretenen Ansicht, daß das Pflichtteilsrecht der Eltern und entfernteren Abkömmlinge zunächst auf Grund des § 2303 B.G.B. zur Geltung kommt, daß aber gemäß § 2309 dann, wenn der Erblasser dem Verzichtenden etwas zugewendet hat, die Eltern und entfernteren Abkömmlinge insoweit nicht pflichtteilsberechtigt sind, als der Wert der angenommenen Zuwendung dem Pflichtteil der Eltern und entfernteren Abkömmlinge gleichkommt[33]).

[31]) So Staudinger-Herzfelder, Anm. 3 zu § 2309 S. 651.

[32]) Vgl. S. 89 d. A. Anm. 30.

[33]) Ebenso Staudinger-Herzfelder, Anm. III, 3 zu § 2309 S. 651; Kipp bei Windscheid, Bd. 3 S. 399; Boehm S. 436, 437; auch Wilke, Anm. 1 zu

Die Wirkung, die hier dem Verzicht des Pflichtteilsberechtigten auf das gesetzliche Erbrecht im Gegensatz zu Strohal beigelegt wird, findet dieser bei dem Verzicht auf das Pflichtteilsrecht allein[34]). Hieraus ergebe sich eine in sich widerspruchsvolle Wirkung des Verzichts auf das Pflichtteilsrecht[35]). Denn dieser Verzicht, der die Verfügungsfreiheit des Erblassers erweitern solle, komme nicht dem Erblasser, sondern den entfernteren Abkömmlingen und Eltern desselben insofern zugute, als sie an Stelle des Verzichtenden den Pflichtteil fordern können, wenn diesem auch sonst nichts hinterlassen ist. Diese Wirkung hat nach dem B.G.B. der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht m. E. nicht[36]).

S. 88 d. A. hatte ich den § 2309 B.G.B. dahin auszulegen gesucht, daß er die Voraussetzungen für das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern an sich als gegeben erachtet, trotzdem aber das Pflichtteilsrecht dieser Personen ausschließt oder schmälert, insoweit ein näherer Abkömmling, der im besonderen Falle als gesetzlicher Erbe nicht in Betracht kommt, irgend eine Befriedigung erlangt hat. Aus dieser Auslegung ergab sich die Subsummierung des Verzichts auf das gesetzliche Erbrecht unter § 2309, aus ihr folgere ich andererseits, daß durch den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern nicht zur Geltung kommt:

Notwendige Voraussetzung für das Pflichtteilsrecht ist der Ausschluß des Pflichtteilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge durch Verfügung von Todes wegen, oder anders ausgedrückt: Wäre der Pflichtteilsberechtigte ohne Verfügung von Todes wegen nicht als nächster gesetzlicher Erbe zur Erbfolge berufen, so ist er auch nicht pflichtteilsberechtigt[37]. Derjenige, der auf das

§ 2309 S. 270, im Ergebnis übereinstimmend, aber widerspruchsvoll in seinen Ausführungen.

[34]) So Strohal, S. 437, 438; Strohal, Pflichtteilsrecht, S. 40, 41; Planck-Ritgen, II, 2 zu § 2309 S. 577 und andere mehr.

[35]) So Strohal, Pflichtteilsrecht S. 40.

[36]) Ebenso Staudinger-Herzfelder, Anm. II zu § 2309 S. 649 und Anm. III, 4 zu § 2309 S. 651; Dernburg, B.R. § 109 S. 303 Anm. 5.

[37]) Die Ausnahme, die hiervon im gemeinen Recht durch die successio in querelam gemacht wurde (vgl. S. 84 d. A.), greift für das B.G.B. nicht

Pflichtteilsrecht verzichtet hat, bleibt jedoch gesetzlicher Erbe. Wenn ein Abkömmling auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet, die angefallene Erbschaft ausgeschlagen hat, für erbunwürdig erklärt oder rechtmäßig enterbt ist, und der Erblasser hat eine (weitere) Verfügung von Todes wegen nicht getroffen, so kommen die Eltern und entfernteren Abkömmlinge zur gesetzlichen Erbfolge, und darum haben sie auch ein Pflichtteilsrecht, wenn der Erblasser sie durch eine Verfügung von Todes wegen ausschließt. Wenn aber jemand auf sein Pflichtteilsrecht verzichtet, und der Erblasser macht von der ihm hierdurch gegebenen Verfügungsfreiheit keinen Gebrauch, so wird der Verzichtende gesetzlicher Erbe und schließt seine Großeltern wie Abkömmlinge aus. Mit welchem Rechte sollten nun aber diese Personen, denen im gegebenen Falle gar nichts gebührt, wenn der Erblasser, ohne eine Verfügung von Todes wegen getroffen zu haben, stirbt, mit welchem Recht sollten sie dann etwas verlangen dürfen, wenn der Erblasser über seinen Nachlaß letztwillig verfügt?

Daß aber der § 2309 hiervon keine Ausnahme machen will, folgt aus dem oben gekennzeichneten Grundgedanken des § 2309. Der § 2309 sagt, wann die entfernteren Abkömmlinge und die Eltern kein Pflichtteilsrecht haben, obwohl ein solches Recht sich aus § 2303 ergeben würde. Der § 2309 schränkt das Prinzip des § 2303 ein, er erweitert es nicht dahin, daß auch solche Personen pflichtteilsberechtigt sind, die ohne eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen ein gesetzliches Erbrecht überhaupt nicht beanspruchen können[38]).

Der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht bringt also das Pflichtteilsrecht der durch den Verzichtenden ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten überhaupt nicht zur Entstehung. Die hierdurch geschaffene Testierfreiheit des Erblassers wird nicht durch ein etwaiges Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und Eltern wieder beeinträchtigt.

Platz. Nichts wäre verkehrter, als wollte man in § 2309 eine ähnliche Bestimmung finden. S. auch Dernburg, B.R. § 109 S. 303 Anm. 4.

[38]) Vgl. Staudinger-Herzfelder, Anm. II zu § 2309 S. 649.

VII. Relativ wirkende Erbverzichte.

a) Die Beschränkung der Wirkungen des Erbverzichts durch Bedingungen überhaupt.

§ 17.

Wie die Wirkung der meisten Rechtsgeschäfte, so kann auch die des Erbverzichts durch den Parteiwillen in der Weise beschränkt werden, daß ihr Eintritt oder ihre Fortdauer von gewissen Umständen abhängig gemacht, daß der Erbverzicht also suspensiv oder resolutiv bedingt wird. Es kann auf den ersten Blick zweifelhaft sein, ob sich nicht aus der besonderen erbrechtlichen Natur des Erbverzichtsvertrages eine Einschränkung der Zulässigkeit von Bedingungen ergäbe. Von dem Standpunkt aus, daß der Erbverzicht eine „eventuelle Ausschlagung“[1]) sei, müßte man jedenfalls eine Bedingung für unzulässig halten, die zur Zeit des Erbfalles noch schwebte. Denn da die Ausschlagung sowohl im gemeinen Recht wie im B.G.B. (§ 1947) eine Bedingung nicht verträgt, so hätte die Wirkung des Erbverzichts im Augenblick des Erbfalles eine endgültige zu sein. Nun ist aber die Vergleichung mit der Ausschlagung eine irreführende[2]); vielmehr lassen sich die Wirkungen des Erbverzichts hier mit denen einer letztwilligen Verfügung auf eine Stufe stellen. Wie infolge einer bedingten letztwilligen Verfügung ein Erbrecht nach dem Erbfall durch Eintritt der Bedingung entstehen bzw. wegfallen kann, so kann auch durch bedingten Erbverzicht ein Erbrecht infolge des Eintritts der Bedingung nach dem Erbfall ausgeschlossen werden bzw. wieder zur Geltung kommen. Hat also jemand unter einer Suspensivbedingung verzichtet, und die Bedingung tritt nach dem Erbfall ein, so hat er nach gemeinem Recht die Erbschaft als fiduziarischer Erbe herauszugeben, nach B.G.B. ist er Vorerbe, und die Erbschaft fällt mit dem Eintritt der Bedingung dem bedachten bzw. dem gesetzlichen Erben

[1]) So Albrecht, S. 349.
[2]) Vgl. Pfaff-Hofmann, S. 45.

(B.G.B. § 2104) an. Hat er umgekehrt unter einer Resolutivbedingung verzichtet, und die Bedingung tritt nach dem Erbfall ein, so ist er nach gemeinem Recht Universalfideikommissar, nach B.G.B. Nacherbe.

Wenn es demnach auch denkbar ist, die Wirkung des Erbverzichts durch Hinzufügung einer Bedingung und ebenso auch einer Zeitbestimmung beliebig einzuschränken, so kommt diese relative Wirkung des Erbverzichts hauptsächlich doch wohl nur in einem typischen Fall zur Anwendung, dem Verzicht zugunsten eines Dritten.

b) Die Wirkung des Erbverzichts zugunsten Dritter.

§ 18.

Im allgemeinen.

Der Erbverzicht zugunsten eines Dritten ist von vornherein nicht immer ein bedingter Erbverzicht. Es ist vielmehr Tatfrage, ob die Klausel lediglich den juristisch irrelevanten Beweggrund des Erbverzichtes oder eine resolutive Bedingung darstellt, wonach der Verzicht dann außer Kraft treten soll, wenn derjenige, zu dessen Gunsten verzichtet ist, nicht Erbe wird[1]). Nach B.G.B. § 2350 Abs. 1 ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht zugunsten eines anderen nur für den Fall gelten solle, daß der andere Erbe wird. Es spricht also hier eine Vermutung dafür, dass die Klausel die Bedeutung einer Bedingung hat.

Das aber muß mit aller Schärfe betont werden, daß ein derartiger Verzicht niemals den Erwerb des Erbrechts durch den Dritten zur Folge haben kann. Wenn im gemeinen Recht durch den italienischen Juristen Torre eine Dreiteilung des Erbverzichts in renunciatio extinctiva, abdicativa und translativa aufgebracht wurde[2]), so beruht dies, was die renunciatio translativa anlangt, auf einer völligen Verkennung des Wesens des Verzichtes. Wie § 3 bereits hervorgehoben, erstreckt sich die unmittelbare Wirkung eines Verzichtes nur auf das Recht des

[1]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 249c a. E.
[2]) Zit. nach Beseler, II, 2 S. 232.

Verzichtenden. Denn nie bewirkt der Verzicht unmittelbar den Rechtserwerb eines Dritten. Insofern ist daher „bei dem sogenannten Verzicht zugunsten eines Dritten die Nennung des Begünstigten nur eine entweder unwirksame oder überflüssige Angabe des Beweggrundes“[3]; unwirksam insofern, als der Verzicht selbst den Rechtserwerb des Dritten nicht hervorrufen kann: überflüssig dann, wenn infolge des Verzichtes „ein Tatbestand ausgelöst wird, der den Rechtserwerb des Dritten zur Folge hat“[4]).

Erfolgt nun ein Verzicht zugunsten eines vorher durch den Verzichtenden ausgeschlossenen gesetzlichen Erben, so liegt darin dennoch keine Bindung des Erblassers in der Weise, daß er durch Verfügung von Todes wegen über den Erbteil des Verzichtenden nicht verfügen darf. Der Erblasser ist nicht verpflichtet, die Wirkung eintreten zu lassen, die der Erbverzicht ohne eine dazwischentretende Verfügung des Erblassers für die gesetzlichen Erben haben würde, zu deren Gunsten er erklärt ist. Ebensowenig enthält der Erbverzicht zugunsten einer Person, die nicht bereits durch den Wegfall des Verzichtenden an Stelle des Verzichtenden Erbe werden würde, sondern zu deren Berufung es erst einer Verfügung des Erblassers von Todes wegen bedurfte[5], implicite von vornherein einen still-

[3]) So Gierke, P.R. § 33 S. 285.

[4]) Vgl. Gierke, a. a. O.

[5]) Hierher gehört auch der von Strohal, § 59 S. 538 Anm. 32 hervorgehobene Fall, daß von des Erblassers drei Söhnen, A., B., C., A. auf sein gesetzliches Erbrecht zugunsten des C. verzichtet, und nun B. und C. gesetzliche Erben werden. Wie Strohal treffend hervorhebt, erhält B. dann zwar nur $^1/_3$, C. jedoch nur $^1/_2$ und A. trotz des Verzichtes $^1/_6$. Denn aus dem Grundsatz, daß der Verzicht als solcher nie den Rechtserwerb eines Dritten bewirkt, folgt, daß C. durch den Erbverzicht des A. nicht mehr erhalten kann, als er erhielte, wenn A. überhaupt nicht vorhanden wäre. — Dieses Ergebnis ist durchaus korrekt. Denn indem der Erblasser dem C. nicht durch Verfügung von Todes wegen die diesem nicht bereits infolge des Erbverzichtes zufallenden $^1/_3$ hinterlassen hat, ist die Bedingung, unter der A. auf sein Erbrecht verzichtet hat, insoweit nicht erfüllt. Der Erbverzicht bleibt also nur als partieller in Höhe von $^1/_6$ der Erbschaft bestehen, die infolge des durch den Erbverzicht ausgelösten Tatbestandes auch ohne Verfügung des Erblassers von Todes wegen an C. gelangen und seinen Erbteil von $^1/_3$ auf $^1/_2$ erhöhen. Hinsichtlich der anderen $^1/_6$ wird der Erbverzicht hinfällig und A. mithin Erbe.

schweigenden Erbeinsetzungsvertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden zugunsten dieser Person. Nach gemeinem Recht könnte der Gedanke hieran um so leichter auftauchen, als der Erbeinsetzungsvertrag nicht einer von dem Erbverzichtsvertrag verschiedenen Formvorschrift unterliegt; beide Verträge sind formlos. Nach B.G.B. sind die Formerfordernisse des Erbvezichtsvertrages nicht so streng wie die des Erbeinsetzungsvertrages[6]). Daher kann die Frage, ob mit dem Erbverzicht zugleich ein Erbeinsetzungsvertrag verbunden sei, hier nur praktisch werden, wenn bei dem Erbverzichte die Erfordernisse der §§ 2275, 2276 beobachtet sind. Beseler scheint der Ansicht zu sein, daß im Zweifel mit jedem Erbverzichtsvertrag zugunsten eines Dritten, wenn es zu dessen Berufung noch einer Verfügung von Todes wegen bedarf, ein stillschweigender Erbeinsetzungsvertrag verbunden ist[7]). Darin kann ich mich ihm nicht anschließen, vielmehr möchte ich für das gemeine Recht sowohl wie für das B.G.B. annehmen, es streite keine Vermutung dafür, daß neben dem Verzichte der Dritte vertragsmäßig zum Erben eingesetzt sei[8]).

Der Erbverzicht zugunsten eines Dritten hindert also nur die Entstehung des Erbrechts des Verzichtenden. Zu den Folgen, die sich an den Tatbestand notwendig anknüpfen, gehört die Einsetzung des Dritten zum Erben nicht. Unser Erbverzicht unterscheidet sich von anderen Erbverzichten allein durch die Relativität seiner Wirkung. Im Belieben des Erblassers steht es, ob er denjenigen, zu dessen Gunsten verzichtet ist, zum Erben macht bzw. als gesetzlichen Erben beibehält; tut er dies aber nicht, so verliert der Erbverzicht seine Wirkung. Dies geschieht auch dann, wenn der Dritte die Erbschaft ausschlägt, für erbunwürdig erklärt wird, vor dem Erblasser stirbt oder auf sein Erbrecht verzichtet. Daß der Dritte Erbe wird, ist erforderlich und genügend. Wenn also der Erblasser dem Dritten, ohne ihn zum Erben einzusetzen, so viel — z. B. durch Vermächtnis — hinterlassen hat, als er als Erbe erhalten sollte, so

[6]) Vgl. §§ 2347, 2348 einerseits und 2275, 2276 Abs. 1 andererseits.

[7]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 254.

[8]) Zustimmend die Motive V. S. 478; Planck-Ritgen, Anm. 2b zu § 2350 S. 639; Hellwig, S. 635 Anm. 312.

ist die Bedingung nicht erfüllt[9]). Andererseits ist die Bedingung erfüllt, wenn der Dritte zum Erben eingesetzt, aber so mit Vermächtnissen belastet ist, daß ihm tatsächlich nichts verbleibt[10]).

Dem unbilligen Ergebnis, das der Erblasser auf diese Weise herbeiführen könnte, indem er den Zweck des Erbverzichts zuungunsten des Dritten vereitelt, ohne daß der Erbverzicht aufgehoben wird, vermag der Dritte dadurch entgegenzuwirken, daß er die für ihn wertlose Erbschaft ausschlägt. Dann tritt die Resolutivbedingung ein, der Dritte wird nicht Erbe, und der Erbverzicht hinfällig.

Kann auch die Wirkung eines Verzichtes auf das Pflichtteilsrecht in der gedachten Weise bedingt werden? Hier ist zweierlei zu scheiden: Erfolgt der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht in der Weise, daß der Verzicht nur gelten soll, wenn ein anderer Erbe wird, so stehen einerseits der Zulässigkeit einer solchen bedingten Wirkung des Verzichtes auf das Pflichtteilsrecht theoretische Bedenken nicht entgegen, andererseits hat er dieselbe praktische Bedeutung, wie ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht. Praktisch bedeutungslos dagegen ist ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht zugunsten eines anderen in der Weise, daß der Verzicht nur gelten soll, wenn der andere pflichtteilsberechtigt wird. Denn der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht kann dem Pflichtteilsrechte eines anderen gar keinen Vorteil bringen. Weder bewirkt er, daß das Pflichtteilsrecht eines anderen sich erweitert — denn der auf den Pflichtteil Verzichtende wird bei der Berechnung des Pflichtteils der übrigen mitgezählt; noch hat er zur Folge, daß dadurch das Pflichtteilsrecht eines durch den Verzichtenden ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten zur Entstehung kommt[11]).

[9]) So mit Recht die Motive V S. 479: „Es ist Sache des Erblassers, welcher einen Erbverzichtsvertrag geschlossen hat, der Rechtslage, welche sich aus einem solchen Vertrage ergibt, in seinen Verfügungen von Todes wegen Rechnung zu tragen."

[10]) a. A. Strohal, S. 538 Anm. 31, Planck-Ritgen, Anm. 2a zu § 2350 S. 639, nach dessen Ansicht der § 2350 „nur negativ besagt, daß der Erbverzicht nicht gelten soll, wenn der Dritte nicht Erbe wird, mithin für den Fall, daß der Dritte Erbe wird, die Frage nach der Wirksamkeit des Erbverzichtes offen läßt."

[11]) Vgl. S. 91, 92 d. A. Übereinstimmend Staudinger-Herzfelder, Anm. 3 zu § 2350 S. 726. Wenn auch Strohal, S. 538, 539 und Planck-

Was endlich den Erbverzicht auf das vertragsmäßige oder testamentarische Erbrecht anlangt, so hindert nichts, hier nach gemeinem Recht und B.G.B. die Möglichkeit einer derartigen relativen Wirkung zugunsten eines Dritten anzunehmen. Denn es liegt kein Anlaß vor, weshalb ein Erbverzichtsvertrag, in dem auf das vertragsmäßige oder testamentarische Erbrecht verzichtet wird, Bedingungen weniger leicht zugänglich sein sollte als der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht. Ob allerdings die Klausel „zugunsten eines Dritten" beim Verzicht auf das vertragsmäßige oder testamentarische Erbrecht als Resolutivbedingung oder nur als Angabe des Beweggrundes aufzufassen ist, ist auch nach B.G.B. — ebenso wie nach gemeinem Recht — Tatfrage. Die Vermutung, die nach § 2350 Abs. 1 beim Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht für die Resolutivbedingung streitet, kommt hier nicht zur Geltung. Denn § 2352 B.G.B. schließt, wie sich per argumentum e contrario ergibt, eine Anwendung des § 2350 aus[12]).

§ 19.

Die Wirkung des Erbverzichts zugunsten bestimmter naher Verwandter.

Der häufigste Fall unter den Erbverzichten zugunsten Dritter ist der Erbverzicht der Abkömmlinge zugunsten bestimmter naher Verwandter.

Seine Besonderheit besteht darin, daß man dem Erbverzichte eines Abkömmlings relative Wirkung zunächst zugunsten der anderen Abkömmlinge zuschrieb, auch ohne daß dies ausdrücklich erklärt wurde. Auf S. 15 d. A. habe ich zu zeigen versucht,

Ritgen, Anm. 3 zu § 2350 S. 639 die Ansicht vertreten, daß ein derartiger Verzicht keine praktische Bedeutung haben könne, so ist das, wie Staudinger-Herzfelder a. a. O. mit Recht hervorhebt, nicht ganz konsequent ihrer Auffassung, daß durch den Verzicht auf das Pflichtteilsrecht das Pflichtteilsrecht der durch den Verzichtenden vorher Ausgeschlossenen zur Entstehung komme. Hiernach könnte allerdings der auf sein Pflichtteilsrecht Verzichtende den Verzicht davon abhängig machen, daß das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge oder Eltern zur Entstehung gelangt.

[12]) a. A. Planck-Ritgen, Anm. 5 zu § 2352 S. 641. — Er will § 2350 Abs. 1 auch auf das testamentarische und vertragsmäßige Erbrecht anwenden.

wie schon in früherer Zeit, als man die strenge Auffassung hatte fallen lassen, daß die beim Tode des Erblassers vorhandene Hausgenossenschaft die einzige Quelle des Erbrechts sei, die Abschichtung nur eine relative Wirkung zugunsten der nicht abgesonderten Kinder äußerte, vorausgesetzt, daß der Erblasser nicht von Todes wegen über sein Vermögen verfügt hatte.

Diese relative Wirkung der Abschichtung, die sich bereits in den Volksrechten zeigt[1]), ist es, die wir im gemeinen Rechte wiederfinden, und zwar doppelt wiederfinden, einmal bei der Absonderung, die kraft positiver partikularrechtlicher Bestimmung das Erbrecht der abgesonderten Kinder aufhebt, und dann beim Erbverzicht, der dort neben der Absonderung steht, wo die Absonderung selbst das Erbrecht nicht aufhebt, sondern nur zur Kollation verpflichtet. In beiden Fällen zeigt sich die gleiche Wirkung für die Abkömmlinge. Da wir es mit den Wirkungen des Erbverzichts zu tun haben, und dort, wo die Absonderung kraft gesetzlicher Bestimmung das Erbrecht ausschließt, von der Wirkung eines — stillschweigenden — Erbverzichts nicht die Rede sein kann[2]), so liegt den folgenden Ausführungen der Fall zugrunde, in dem der Erbverzicht das Erbrecht der Abgesonderten aufhebt. Darin war man sich einig, daß der Erbverzicht der abgesonderten Kinder nur zugunsten der nicht abgesonderten Kinder wirke, wenn der Parens eine letztwillige Verfügung nicht getroffen hatte. Man bezeichnete diese ipso jure eintretende relative Wirkung des Erbverzichts damit, daß man sagte, der Verzichtende sei „bis an einen ledigen Anfall“ ausgeschlossen[3]). Aber zweifelhaft war es, wie sich die Sachlage gestaltete, wenn nach der Absonderung eines Kindes die in der Were sitzenden Kinder verstorben waren, der Erblasser jedoch letztwillig über seinen Nachlaß verfügt hatte. Verlor der Erbverzicht der Abgesonderten seine Wirkung unbedingt, wenn ungesonderte Kinder nicht mehr vorhanden waren, oder nur dann, wenn außerdem eine Verfügung des Erblassers von Todes wegen nicht vorlag? Oder, um die Frage

[1]) Vgl. S. 15, 16 d. A.

[2]) Vgl. S. 24 d. A.

[3]) Vgl. Stobbe, § 290 II, 2 S. 99; Huber, II S. 333, IV S. 565, 566 und die daselbst Anm. 19 zitierten zahlreichen Quellenstellen. Vgl. auch Grimm, Weistümer I S. 16 Nr. 59, S. 47 Nr. 25; IV S. 273 § 10 und V S. 200 § 12.

noch anders zu fassen: Gilt der Erbverzicht eines abgesonderten Abkömmlings im Zweifel nur als bedingter Erbverzicht zugunsten der anderen Abkömmlinge, oder setzt er sich aus einem bedingten Erbverzicht und einem unbedingten Verzicht auf das Pflichtteilsrecht zusammen? Die erste Alternative hat nur wenige Anhänger gefunden[4]). Der historischen Entwickelung entspricht zweifellos die entgegengesetzte Meinung[5]). Dieser Ansicht möchte ich mich anschließen. Ist der Verzicht allerdings ausdrücklich zugunsten der in der Were Verbleibenden erklärt, dann enthält er auch nicht mehr, als er besagt. In diesem Falle liegt lediglich ein bedingter Erbverzicht vor, der den anderen Abkömmlingen zugute kommen soll, und der hinfällig wird, wenn diese nicht Erben werden. Hier handelt es sich darum, welche Wirkung der Erbverzicht eines abgesonderten Kindes hat, bei dem keine ausdrücklichen Abmachungen getroffen sind. Man muß davon ausgehen, daß der absondernde Parens sich durch die Absonderung Verfügungsfreiheit über sein nach der Absonderung verbleibendes Vermögen verschaffen will, und daß ihm diese durch den Erbverzicht des Abgesonderten gewährt wird. Wenn nun dieser Erbverzicht als zugunsten der in der Were verbleibenden Kinder geschehen betrachtet wird, so beruht dies auf der Vermutung, daß der absondernde Parens regelmäßig seine abgesonderten Kinder hinter den nicht abgesonderten, nicht aber hinter entfernteren Verwandten zurückstellen will. So sagt auch Mevius, Pars 2 Tit. II Art. 33 Ziffer 134—136: „Ut autem separationis praecipuus finis esse solet, vel ut liberis diversorum matrimoniorum prospiciatur, ne ex bonorum confusione in lites irruant, vel ut aliquos separando consortes quoque suam peculiarem portionem habeant; ideirco illa effectum suum non ultra extendere solet, quam cum prolem parentes superstites habent, consortem et non divisam.

Hoc cessante non excludi liberos separatos a successione, magis congruit rationi et intentioni parentum, qui liberis con-

[4]) S. Anonymus in der Z. f. D. R. VI S. 251 b. ff.

[5]) So Heise und Cropp, II S. 265, 266 Anm. 4; Beseler, II, 2 S. 321 ff.; Pauli, II S. 213, 214, diese allerdings nur für die kraft statutarischer Bestimmung ipso jure das Erbrecht ausschließende Absonderung. Wie hier auch Stobbe, § 290 II, 2 S. 99. Vgl. daselbst: „Diese relative Wirkung der Abfindung resp. des Erbverzichts."

sortibus magis prospectum voluerunt, quam separatis et emancipatis; his tamen magis quam aliis cognatis.

Numquam enim praesumuntur, alienam sobolem propriae anteponere voluisse, aut transversales qui extraneorum loco habentur, magis diligere, quam descendentes."

Es handelt sich um eine Auslegung des Willens des Parens für den Fall, daß er keine Verfügung von Todes wegen trifft: nichts steht aber dem entgegen, daß er nicht hierzu in der Lage sei und durch ausdrückliche Erklärung seines Willens die abgesonderten Kinder auch für den Fall ausschließen könne, daß unabgesonderte Kinder nicht Erben werden.

Als die Doktrin den Erbverzicht nicht mehr bloß in seinem Hauptanwendungsfall neben der Absonderung, sondern losgelöst von ihr betrachtete, da wurde der Satz, der Erbverzicht der Abkömmlinge erfolge im Zweifel zugunsten der nicht abgesonderten Kinder, dahin verallgemeinert, daß man den Erbverzicht im Zweifel als zugunsten der nächsten Verwandten geschehen ansah und hierunter meist die Abkömmlinge und den Ehegatten verstand. Doch selbst wenn diese Personen nicht Erben werden, verliert der Erbverzicht auch ferner dann nicht seine Kraft, wenn der Erblasser eine den Verzichtenden ausschließende letztwillige Verfügung hinterlassen hat[6]).

Das B.G.B. endlich bestimmt in seinem § 2350 Abs. 2: „Verzichtet ein Abkömmling des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Verzicht nur zugunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers gelten soll." Der Erbverzicht eines Abkömmlings wird demnach hinfällig, wenn nicht ein anderer Abkömmling (oder dessen Kinder) oder der Ehegatte des Erblassers Erben werden, soweit nichts anderes bestimmt ist.

Es ist also nicht wie im gemeinen Recht zugleich auch ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht zu vermuten. Daher steht es dem Erblasser nicht frei, dann, wenn die anderen Abkömmlinge oder der Ehegatte nicht zur Erbfolge gelangen, einen Dritten an die Stelle des Verzichtenden zu setzen.

[6]) So z. B. A.L.R. II Tit. 2 § 486.

§ 20.

Die Wirkung des Erbverzichts adeliger Töchter „bis auf den ledigen Anfall".

Eine besondere Bedeutung hat der Erbverzicht, dessen Wirkung durch den Wegfall bestimmter Personen auflösend bedingt ist, im Adelsrechte beim Erbverzichte der adeligen Töchter gewonnen. Der Erbverzicht erfolgt hier meist nur zugunsten des Mannsstammes, mit dessen Aussterben der Erbverzicht seine Wirkung verlieren und die Verzichtende bzw. deren Kinder zur Erbfolge berufen werden sollen. Es ist also nicht nötig, daß die Verzichtende selbst den ledigen Anfall erlebt[1]).

An den bedingten Verzicht der adeligen Tochter knüpft sich nun die Streitfrage, ob ein mit einer solchen Klausel ausgestatteter Erbverzicht einen Ausschluß der Verzichtenden und ihrer Erben von der Erbfolge nur gegenüber den männlichen Mitgliedern des Mannsstammes oder auch gegenüber dessen weiblicher Nachkommenschaft bewirkt, ob die Regredienterben, die nächsten vom Stamme der verzichtenden Tochter, der Erbtochter vorgehen. Mit der Erbtochter sind alle die übrigen Kognaten auf eine Stufe zu stellen, die mit dem letzten Besitzer näher als die Regredienterben verwandt sind.

Es handelt sich hier um eine einem Erbverzicht beigefügte Bedingung, durch die dessen Wirkung eingeschränkt werden soll. Damit eine solche Rechtshandlung möglich sei, ist es nötig,

[1]) Die meisten Erbverzichte erstrecken denn auch ausdrücklich den Vorbehalt auf die Erben der verzichtenden Tochter. Vgl. z. B. die Urkunde aus dem Jahre 1341: „ . . . so solde Loretta unsere eliche Wirtin und ir Erbin Erbeteile nehmen gliche andern iren Geschwistern": v. Neurath, S. 57; ferner die Urkunden aus den Jahren 1421 und 1511 bei v. Neurath, S. 58, 61.

Selbst wenn jedoch der Vorbehalt nicht ausdrücklich auf die Erben erstreckt ist, glaube ich, daß er im Zweifel diesen zugute kommen muß, wie ja auch der Erbverzicht der Tochter, ohne ausdrückliche Erstreckung auf ihre Erben, diese von der Erbfolge ausschließt. Vgl. S. 62, 63 der Arbeit.

Siehe auch das Consilium I der Universität Ingolstadt bei Schilter, I S. 81: „Cum, ut ante dictum est, etiamsi heredum mentio facta non esset, illud tamen jus conditionale de persona d. Margarethae ex pacto ad eos transivisset."

daß der Tochter ohne den Erbverzicht ein Erbrecht zustände. Wäre dies nicht der Fall, so würde ein Erbverzicht überflüssig und eine Einschränkung des Erbverzichts durch Hinzufügung einer Bedingung bedeutungslos sein.

Um also die Wirkung des Verzichtes der adeligen Tochter auf den ledigen Anfall zu ermessen, müssen wir zunächst fragen, ob die Beifügung einer solchen Klausel überhaupt einschränkend zu wirken vermag, ob den Töchtern ohne den Verzicht ein Erbrecht zugestanden hätte?

Die älteren Juristen sahen in dem Erbverzichte der adeligen Töchter ein Bollwerk des deutschen Adelsrechtes gegen das eindringende römische Recht[2]). Das deutsche Recht kannte ihrer Ansicht nach ein Erbrecht der Frau wenigstens am Grundbesitz überhaupt nicht[3]), so daß also der Erbverzicht nur als eine bloße „Kautel" erscheine. Beseler hat die Unrichtigkeit dieser Ansicht nachgewiesen[4]). Denn einmal kann von einem fühlbaren Einfluß des römischen Rechts vor dem 15. Jahrhundert nicht die Rede sein[5]), während Erbverzichte der adeligen Töchter bereits seit dem 13. Jahrhundert vorkamen. Ferner aber war das Erbrecht der Töchter auch nach deutschem Recht in jener Zeit keineswegs so unbedeutend, daß ein Erbverzicht stets als bloße Kautel erschienen wäre. Nach dem Ssp. I Art. 17 § 1 erben die Töchter hinter den Söhnen, aber vor den entfernteren Schwertmagen. Daher ist ein Verzicht der Töchter hier nur dann irrelevant gewesen, wenn Söhne im Erbfalle zur Erbfolge berufen wurden[6]). Nach dem Schwabenspiegel Kapitel 148a dagegen steht das Erbrecht der Töchter dem der Söhne gleich, nur vom „Ansidel" sind sie ausgeschlossen.

Dazu kommt, daß sich auf dieser Grundlage das Erbrecht der Töchter mehr und mehr erweiterte[7]).

Mag man nun mit Beseler annehmen, daß die Erbverzichte der adeligen Töchter von vornherein als eine besondere Art der

[2]) S. die Zitate bei Beseler, II, 2 S. 271 Anm. 25.
[3]) S. die Zitate bei Beseler, II, 2 S. 264.
[4]) Ebenso auch Fischer, I S. 215, 216.
[5]) S. Beseler, II, 2 S. 274.
[6]) Vgl. das Beispiel bei Beseler, II, 2 S. 302.
[7]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 270; Reyscher, VI S. 281; Eichhorn, § 454 Anm. k S. 414.

Erbverzichte ins Leben getreten sind, mag man in ihnen ursprünglich lediglich eine Anwendung des gewöhnlichen Erbverzichtes durch den Adel sehen[8]), sicher ist nach beiden Ansichten, daß die Erbverzichte der adeligen Töchter bereits im 13. Jahrhundert in der großen Mehrzahl der Fälle den Ausschluß eines der Tochter zustehenden Erbrechtes bewirkten, und nicht bloße Kautelen waren[9]). Soweit sich aber dieses Erbrecht der Töchter erhielt bzw. im Laufe der Zeit noch erweiterte, insoweit steht es der verzichtenden Tochter auch frei, die Wirkung ihres Erbverzichtes beliebig einzuschränken, und es ist eine Frage der Auslegung des Geschäfts, ob der Erbverzicht beim Wegfall der männlichen Mitglieder des Mannsstammes oder auch der weiblichen Deszendenz seine Wirkung verlieren soll. Von vornherein ist beides möglich, und wir finden genug Urkunden, in denen unzweideutig ausgesprochen ist, daß der Erbverzicht nur zugunsten der männlichen Nachkommen gelten soll. So verweise ich auf den S. 63 Anm. 22 d. A. zit. Erbverzicht der Tochter des Markgrafen von Brandenburg aus dem Jahre 1473, in dem der Vorbehalt folgendermaßen gefaßt ist: „. . . es were dann, daß — Ir Gnaden Herr und Vater, auch — Ir Gnaden Frau und Mutter und Ir Brüder — von Todes wegen abgiengen, und nicht mennliche Erben ließen, — . . . . .“[10]).

Wie aber ist dort zu entscheiden, wo der Verzicht der adeligen Tochter einen Vorbehalt überhaupt nicht enthält, oder schlechthin auf „einen freien ledigen Anfall“[11]), oder zugunsten der Brüder und deren Leibeserben[12]) erfolgt?

[8]) Siehe S. 61 d. A.

[9]) Vgl. auch noch Albrecht, S. 350; Fischer II S. 90ff.

[10]) Vgl. auch die Verzichtsformel, wie sie „im Herzogtum Steyer pflegt gebraucht zu werden“, in den additiones Leuchtii bei Schilter, II S. 39: „. . . . . ausgenommen, wann es von Mannsstammen zu Toechtern käme, und ich oder meine Erben für und bis in den vierten Grad inclus. zu raitten, mit selbigen Toechtern miterben wollten . . . . .“

Siehe ferner die Urkunde aus dem Jahre 1511 bei v. Neurath, S. 61, wonach die verzichtende Tochter und deren Erben nach dem Aussterben der Agnaten ihr Erbrecht geltend machen wollen: „. . . . obgleich die letztlebende Mannsperson eheliche Töchter, Schwestern oder sonst andere Weibspersonen, näher gesipt, dann ich oder meine Erben verlassen werden“.

[11]) Vgl. die Urkunden aus den Jahren 1313 und 1540 bei von Neurath, S. 56 und 70.

Hält man daran fest, daß die Erbverzichte der adeligen Töchter sich zunächst von den bürgerlichen Erbverzichten prinzipiell nicht unterschieden haben, so kann man einem ohne Vorbehalt geschlossenen Erbverzicht ursprünglich beim Adel keine andere Bedeutung beilegen, als dem gewöhnlichen Erbverzicht, der als zugunsten der andern Abkömmlinge schlechthin geschlossen gilt. Erst allmählich trat insofern eine Verschiedenheit von der relativen Wirkung der bürgerlichen Erbverzichte ein, als die adeligen Töchter zugunsten des Mannsstammes auf ihr Erbrecht verzichteten; und dieser Vorbehalt ward so sehr zur Regel, daß man auch einen vorbehaltlosen — soweit ein solcher später überhaupt noch vorkommen mochte — und schlechthin auf den ledigen Anfall gestellten Erbverzicht in diesem Sinne auslegte. Ob jedoch unter dem Mannsstamm nur die Agnaten oder auch nach deren Aussterben die Kognaten verstanden werden, dafür hat sich eine feste Regel nicht ausgebildet[13]). Das Reichskammergericht hat in konstanter Rechtsprechung den Regredienterben den Vorzug eingeräumt, und Beseler sagt II, 2 S. 300: „Nach der Stellung dieser Lehre in der Theorie und Praxis darf wohl unbezweifelt angenommen werden, daß der ledige Anfall in Erbverzichten die vom 16. bis zur zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ausgestellt worden sind, in der Bedeutung zu nehmen ist, daß dadurch die Regredienterbin bevorzugt werden soll, wenn nicht besondere Gründe für die Erbtochter entscheiden.“[14])

Umgekehrt neigte man in späterer Zeit mit Recht dazu, eine Vermutung dafür aufzustellen, daß die Erbtochter den Regredienterben vorgeht[15]. Der Wortlaut eines Verzichtes „auf den ledigen Anfall“ oder zugunsten des Mannsstammes schlechthin oder endlich zugunsten der Brüder und deren Leibeserben spricht für die letztere Auffassung; ebenso „die natürliche Ent-

[12]) Vgl. den Verzichtbrief von 1343 bei Fischer, II S. 100 und die Urkunde aus dem Jahre 1343 bei von Neurath, S. 57: „es were den, das Gottfried und Erberhard Herrn zu Eppenstein abgiengen on Erbin . .“ Siehe ferner bereits die Urkunde aus dem Jahr 1214, zit. S. 60 Anm. 14 d. A.

[13]) Vgl. auch Stobbe, § 314 S. 319.

[14]) Ebenso geht nach bayr. L.R. Teil III Kap. 11 § 9 der Regredienterbe der Erbtochter vor.

[15]) Vgl. z. B. Albrecht, S. 352 o.

wickelung einer festen, nicht auf dem individuellen Willen beruhenden Familienerbfolge und des Staatsrechtes“ [16]).

Niemals wird man aus einem Verzicht bis auf den ledigen Anfall herauslesen dürfen, daß hierdurch eine Beschränkung der durch den Verzicht Begünstigten in ihrer Verfügungsfreiheit im Interesse der Verzichtenden begründet, daß die „portio renunciata zum besten der Regredienterbin mit einer Fideikommißqualität behaftet werde“ [17]).

Durch die Klausel behält man sich nur das Erbrecht vor, und dieses wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß die Vermögensmasse, auf die es sich bezieht, in ihrem Bestande verändert wird.

Eine andere Frage ist es, ob infolge des Verzichtes diejenigen, denen gegenüber verzichtet worden ist, das Erbrecht der Verzichtenden durch Verfügung von Todes wegen auch für den Fall ausschließen können, daß die Bedingung sich erfüllt, bei deren Eintritt der Erbverzicht der adeligen Tochter nicht mehr gelten soll. Ist also unter dem Erbverzicht der adeligen Tochter bis auf den ledigen Anfall auch ein Verzicht auf das Pflichtteilsrecht zu verstehen? Durch die in den Verzicht aufgenommene Klausel wird dieser ausdrücklich davon abhängig gemacht, daß die Personen, zu deren Gunsten verzichtet ist, Erben werden; mit ihrem Wegfall soll der Verzicht seine Wirkung verlieren. Daher ist also hier die Annahme ausgeschlossen, daß an Stelle derjenigen, zu deren Gunsten verzichtet worden ist, oder hinter ihnen durch Verfügung von Todeswegen ein Dritter zum Erben eingesetzt werden könnte [18]).

Bis jetzt haben wir stets vorausgesetzt, daß ohne den Erbverzicht der verzichtenden Tochter ein Erbrecht zugestanden hätte, und nur insoweit, als der Ausschluß von der Erbfolge Wirkung eines Erbverzichtes ist, fällt genau genommen der Erbverzicht der adeligen Tochter in den Rahmen dieser Arbeit.

Um aber kein halbes Bild zu geben, sei es mir gestattet, zum Schluß noch kurz die Bedeutung der Klausel bis „auf den ledigen Anfall“ in den Fällen zu betrachten, in denen ein sogegenannter notwendiger Erbverzicht vorliegt, d. h. in denen die

[16]) So Bluntschli, § 243 V S. 722 a. E.

[17]) So Beseler, II, 2 S. 305 c. ff., besonders S. 307; vgl. auch Reyscher, VI S. 334.

[18]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 308 d.

Tochter auch dann als „verzügene Tochter“[19]) gilt, wenn der Erbverzicht nicht geleistet wird. In diesem Falle ist der Ausschluß von der Erbfolge also nicht Folge eines Verzichtes, sondern einer gesetzlichen Bestimmung. Der Erbverzicht ist hier eine bloße Kautel. Ein Vorbehalt „bis auf den ledigen Anfall“, der den vertragsmäßigen Ausschluß des Erbrechtes beschränkt, aber niemals selbst Rechte zu gewähren vermag, ist also irrelevant. Demgemäß bewirkt in allen Fällen, in denen der Tochter auch ohne den Erbverzicht ein Erbrecht nicht zugestanden hätte, ein Erbverzicht bis auf den ledigen Anfall niemals einen Vorzug der Regredienterben vor der Erbtochter. Denn damit würde die auch ohne den Erbverzicht bestehende Erbfolge zugunsten der Verzichtenden geändert werden. Der Vorbehalt hat hier „keine andere Bedeutung, als daß durch den (zur größeren Sicherheit der Familie geleisteten) Erbverzicht das eventuelle Erbrecht, welches auch den Kognaten zusteht, nicht aufgegeben werden soll“[20]).

Wann kamen nun diese notwendigen Erbverzichte auf? Als sich im bürgerlichen Recht der etwa noch vorhandene Unterschied zwischen dem Erbrecht der Söhne und Töchter völlig ausglich, machte sich mehr und mehr das Bestreben des Adels bemerkbar, das Erbrecht der adeligen Tochter hinter dem der männlichen Nachkommen zurückzusetzen, so daß die Tochter auch ohne den Erbverzicht ipso jure als „verziehen“ anzusehen sei.

Wie weit dieses Ziel erreicht wurde, das läßt sich nicht mit einem Worte beantworten. Der hohe Adel[21]), die Reichsritterschaft[22]) und der Landadel[23]) strebten ihm auf verschiedenen Wegen zu. In den meisten Fällen erstreckt sich die Zurücksetzung der Töchter hinter den Söhnen nur auf bestimmte Vermögensmassen. Man muß daher bei der Frage, ob es sich im

[19]) Vgl. den Entw. eines Statuts der Reichsritterschaft in Schwaben bei Reyscher, XV S. 55.

[20]) Vgl. Beseler, II, 2 S. 301, 2.

[21]) Vgl. z. B. den Vertrag des Hauses Nassau von 1786 bei Bluntschli, S. 722 Anm. 7.

[22]) Vgl. das projektierte Statut der gesamten Reichsritterschaft von 1653, sogenanntes Geislinger Statut, bei Reyscher, XV S. 49 ff.

[23]) Vgl. z. B. die Kurbayerische Pragmatik Ferdinand Marias von 1672 bei Gengler, Lehrbuch S. 1508, 1509.

einzelnen Fall um einen notwendigen Erbverzicht handelt, berücksichtigen, worauf sich der Erbverzicht bezieht, ob auf die väterliche, mütterliche Erbschaft, ob auf das Stammgut oder endlich auf mehrere Vermögensmassen zugleich, die verschiedenen Erbfolgebestimmungen unterliegen, indem der Tochter an ihnen an sich teils ein Erbrecht zusteht, teils nicht. Im letzten Falle liegt ein gemischter, teils freiwilliger, teils notwendiger Erbverzicht vor[24]).

Nur eines möchte ich hervorheben. Daraus, daß in einer adeligen Familie alle Töchter zugunsten des Mannsstammes verzichteten, kann man nicht die Regel herleiten, daß sie kraft Herkommens auch ohne den Verzicht als „verziehen" angesehen werden, sondern man kann höchstens daraus den Schluß ziehen, daß sie durch das Herkommen zum Verzichte genötigt werden, ohne den ihnen ein Erbrecht zustehen würde[25]). Im allgemeinen spricht „weit eher eine Vermutung gegen, als für die Ansicht, daß der Inhalt der Verzichte schon von selbst im Gesetze begründet sei"[26]).

Dort aber, wo durch Famlienvertrag, Statut oder Landesgesetz die Tochter ipso jure als verziehen galt, dort geht, auch wenn trotzdem noch ein „notwendiger" Erbverzicht, unter Vorbehalt dss Erbrechtes „beim ledigen Anfall", geleistet wurde, die Erbtochter stets den Regredienterben vor.

[24]) Vgl. Beseler, P.R. § 178 A I S. 804; ferner Beseler, II, 2 S. 301, 2.
[25]) Vgl. Mittermayer, S. 583 zu Anm. 7; Reyscher, VI S. 293.
[26]) Reyscher, VI S. 293.

Thesen.

I.

Die Abschichtung mußte mit der Loslösung des Erbrechts von der Hausgenossenschaft ihren ursprünglich erbabfindenden Charakter verlieren.

II.

Mit Recht hat das Reichsgericht die Bestimmung des § 66 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 auch auf solche Geschäfte erstreckt, die zwar der Formulierung des § 48 des Börsengesetzes nicht entsprechen, die aber nach ihrem materiellen Inhalt, ihrer wirtschaftlichen Natur und Zweckbestimmung unter die Geschäfte fallen, die der Gesetzgeber nur den in das Börsenregister eingetragenen Personen mit Rechtswirksamkeit hat gestatten wollen.

III.

Durch die — im Staatsvertrage vorgesehene — Kündigung des Staatsvertrages tritt auch das Vertragsgesetz ohne weiteres außer Kraft.

IV.

Die Bedeutung, die die kanonistische Wissenschaft mit dem Begriff der sogenannten incompatibilitas secundi generis verbindet, ist nicht quellenmäßig.

V.

Die Annahme jeder Zuwendung durch einen näheren gesetzlichen Erben, der in concreto durch Ausschlagung der Erbschaft, rechtswirksame Enterbung, Erbunwürdigkeitserklärung oder Erbverzicht nicht zur gesetzlichen Erbfolge gelangen würde, mindert nach § 2309 B.G.B. das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern des Erblassers.

VI.

Ein auf staatenlosem Gebiete begangenes Verbrechen oder Vergehen kann nach § 4 Ziff. 3 St.G.B. nicht nach deutschem Strafrecht bestraft werden.

VII.

Durch ein Handeln des procurator mit verdeckter Vollmacht wird im römischen Recht eine adjektizische Haftung des Geschäftsherrn nicht begründet.

Lebenslauf.

Am 8. April 1883 bin ich, Robert Marcus Marx, als Sohn des Bankiers, jetzt Rentiers Benjamin Marx und seiner Ehefrau Dora geb. Edinger zu Berlin geboren. Ich bin evangelisch.

Von Ostern 1891 an besuchte ich das Königliche Wilhelms-Gymnasium zu Berlin, das ich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um in Freiburg in Baden die Rechte zu studieren.

Dort hörte ich im Sommersemester 1901 die Vorlesungen der Herren Professoren Eisele, Rickert, Richart Schmidt und v. Schultze-Gävernitz.

Im Wintersemester 1901/02 studierte ich an der Universität Genf, wo ich die Vorlesungen der Herren Professoren de Claparède, Moriaud und Wuarin besuchte und mich an den Übungen der Herren Professoren Meumann und Schneegans beteiligte.

Im Sommersemester 1902 bezog ich die Universität Berlin. Hier hörte ich in 5 Semestern die Vorlesungen der Herren Professoren Brunner, Gierke, Hellwig, Hübler, Jastrow, Kahl, Kipp, Kohler, v. Liszt, Schmoller, Schollmeyer, Sering, Straßmann, Wagner, v. Wenckstern, Wolff und Zeumer, nahm an den Übungen der Herren Professoren Bornhak, Dernburg, Dickel, v. Liszt, v. Martitz, Seckel, v. Seeler und Wolff teil und arbeitete im Seminar für deutsches Recht unter Leitung des Herrn Professor Gierke, im juristischen Seminar unter Leitung des Herrn Professor Hellwig und im kriminalistischen Seminar unter Leitung des Herrn Professor v. Liszt.

Am 26. November 1904 bestand ich die erste juristische Prüfung bei dem Königlichen Kammergericht zu Berlin.

Nach meiner Ernennung zum Referendar am 6. Dezember 1904 war ich zunächst bis zum 30. September 1905 bei dem Königlichen Amtsgericht zu Rixdorf und seitdem bei dem Königlichen Landgericht II zu Berlin beschäftigt.

Vom 1. Oktober 1906 bis zum 30. September 1907 genügte ich meiner Dienstpflicht.

Am 14. Januar 1908 bestand ich das Rigorosum vor der juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

Allen meinen hochverehrten Lehrern, insbesondere Herrn Professor Gierke, sage ich auch an dieser Stelle meinen ehrerbietigsten Dank.